



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carla Teresa Bonfadini de Sá

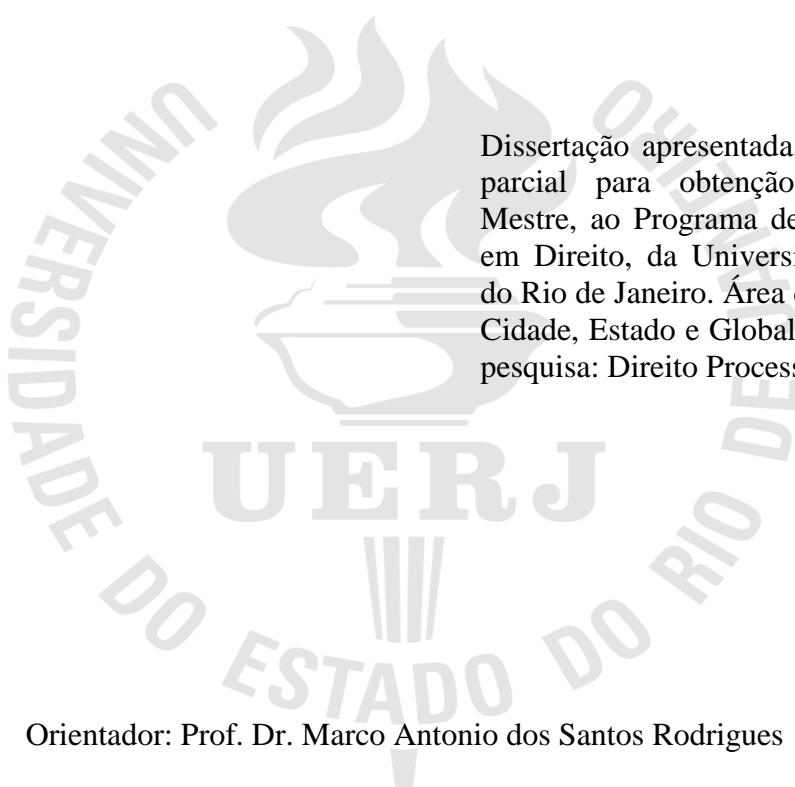
**A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório**

Rio de Janeiro

2017

Carla Teresa Bonfadini de Sá

**A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório**



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: Cidade, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Rio de Janeiro

2017

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

S111

Sá, Carla Teresa Bonfadini de.

A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório / Carla Teresa Bonfadini de Sá. - 2017.

219 f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Boa-fé (Direito) - Teses. 2. Cooperação – Teses. 3. Prova (Direito) – Teses. I. Rodrigues, Marco Antonio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

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

---

Assinatura

---

Data

Carla Teresa Bonfadini de Sá

**A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório**

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: Cidade, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 17 de fevereiro de 2017

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. William Santos Ferreira  
Faculdade de Direito da -Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2017  
**DEDICATÓRIA**

*À minha família, por tudo*

## AGRADECIMENTOS

O mestrado é uma jornada marcada pela descoberta e encontros. Esta caminhada não teria sido frutífera sem o apoio de muitas pessoas, às quais sou profundamente grata. A solidão da pesquisa é amenizada pelos debates em aula, trocas de textos e informações com os professores e colegas de mestrado.

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador Marco Antonio dos Santos Rodrigues, por ter me apresentado o tema da valoração judicial da conduta da parte, e, especialmente, pela orientação firme, permeada de conselhos valiosos nos momentos difíceis da pesquisa desenvolvida.

Desejo registrar a minha gratidão ao Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, por ter me despertado o interesse pelo estudo do Processo Civil em suas aulas na graduação na UERJ e na pós-graduação, e pelo constante apoio.

Agradeço, também, ao Prof. Leonardo Schenk, pelas acertadas sugestões de aprimoramento do meu projeto de dissertação na fase de qualificação.

Não poderia deixar de agradecer ao professor Humberto Dalla Bernardina De Pinho pelas excelentes aulas na graduação e na pós-graduação, e, notadamente, pela extrema gentileza em tirar dúvidas.

Ao Professor Antonio do Passo Cabral, um agradecimento pelas instigantes discussões em sala de aula, na disciplina “Inovações nas estruturas fundamentais do processo”, e por ter me deixado assistir como ouvinte a disciplina “Fundamentos do Processo Civil”.

Aos queridos colegas de mestrado, especialmente Tatiana de Paula Siqueira, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro Filho e Tatiana Machado Alves. Especial agradecimento à Ludmilla Camacho Vidal, que tanto me ajudou com as suas argutas observações.

O empenho das servidoras Eliane Tristão e Cláudia Maria Pigozzo da Biblioteca do TRF da 2ª Região em obter obras nacionais e estrangeiras foi essencial para o êxito da pesquisa, razão pela qual merecem um agradecimento especial.

Por fim, agradeço à minha família, pilar de minha vida.

Aos meus pais, Carlos Cesar e Rosa, responsáveis pela pessoa que sou, agradeço pelo exemplo dado na busca do constante aprimoramento.

Ao meu marido, Paulo André, agradeço a cumplicidade e apoio, essenciais na conclusão desta jornada. Obrigada por você existir em minha vida e torná-la tão especial.

À minha querida irmã e guru Carolina, agradeço o carinho e o enorme apoio espiritual.

À minha filha Beatriz, e aos meus enteados Luca e Sofia, que me enchem de alegria, um agradecimento especial por renovarem a minha esperança num mundo melhor.

## RESUMO

SÁ, Carla Teresa Bonfadini de. *A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório*. 2017. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Este estudo almeja analisar a possibilidade de valoração judicial da conduta das partes no processo civil, à luz dos princípios da boa-fé e da cooperação. O tratamento desse tema é dividido em quatro partes. Na primeira parte, são enunciadas as premissas metodológicas, a começar pelo marco teórico: o formalismo valorativo, que embasa o processo cooperativo originado dos princípios da boa-fé e da cooperação. No segundo capítulo, há a abordagem dos deveres, direitos e ônus advindos do modelo cooperativo de processo. No capítulo seguinte, apresenta-se a estrutura – sujeitos, objeto e natureza jurídica da valoração da conduta da parte-, bem como a pesquisa da disciplina legal da valoração judicial da conduta da parte no direito estrangeiro. Na última parte, o escopo é analisar no CPC brasileiro a possibilidade de o comportamento da parte ser adotado como elemento de convicção pelo juiz no processo com base no sistema da persuasão racional, na admissibilidade das provas atípicas, do uso das máximas da experiência, dos princípios da boa-fé e da cooperação e na previsão de regras específicas sobre a valoração judicial da conduta da parte na disciplina de alguns meios de prova. Posteriormente, o estudo investiga a necessidade de previsão de cláusula geral expressa no sentido da valoração judicial da conduta da parte. Em seguida, é aferida a eficácia probatória da conduta das partes. Após, é realizada a distinção entre a valoração da conduta da parte e figuras afins, como o *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *estoppel*, prova de intercadência( *autocontradición*). Por fim, são enunciados os instrumentos de controle da decisão judicial que firma presunção simples desfavorável ao litigante desleal: contraditório prévio, e a motivação adequada.

Palavras-chave : Boa-fé. Cooperação. Valoração. Conduta. Provas.



## ABSTRACT

SÁ, Carla Teresa Bonfadini de. *The judicial evaluation of the parties conduct in the probatory field*. 2017. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This study aims to analyse the possibility of judicial evaluation of the parties' conduct in a civil procedure, in the light of the Principles of Good Faith and Cooperation. The treatment of this subject is divided into four sections. In the first part of this study, the methodological premises are presented, beginning with the theoretical framework: the axiological formalism, that provides the basis for the cooperative process, arising from the principles of good faith and cooperation. In the second chapter, it states the duties, rights and burdens, arising from the cooperative process. In the third chapter, the main structure is presented: parties, object, and juridical nature of the evaluation of the parties' conduct in the judicial procedure, as well as the research under the foreign law. In the following section, the scope is to examine the possibility of obtaining evidence of the parties' conduct under the Brazilian Code of Civil Procedure, based on the principles of rational persuasion, good faith, cooperation, the admission of atypical means of evidence, the use of the rules of experience, as well as the specific legal provisions of evaluation the party's conduct by some means of evidence. Then, the study focuses on the necessity of inserting a general rule about the possibility of obtaining evidence from the parties' conduct under the Brazilian Code of Civil Procedure. Afterwards it analyses the efficacy of the evidence arising from the parties' conduct. Then, it distinguishes the evaluation of the parties' conduct from that of similar institutions such as *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, self-contradiction (autocontradiçòn), *estoppel*. Finally, it sets out the control devices that aim to prevent arbitrary judicial decisions: the fair hearing and reasoned judgement.

Keywords: Good faith. Cooperation. Evaluation. Conduct. Evidence.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag.	Agravo
Ag Reg	Agravo Regimental
Art.	Artigo
Arts	Artigos
CC	Código Civil
CF	conforme
Coord	Coordenador
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
DJ	Diário de Justiça
DJE	Diário de Justiça eletrônico
HC	<i>Habeas corpus</i>
Inc.	Inciso
<i>Loc cit</i>	<i>Locus citati</i>
Min	Ministro
<i>Op cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
Reg.	Regimental
Rel	Relator
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
1	<b>DO MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO: DIÁLOGO E LEALDADE</b> .....	21
1.1	<b>Neoconstitucionalismo e filtragem constitucional: mudança do centro de gravidade do sistema jurídico a formatar um novo modelo de processo</b> .....	21
1.2	<b>O formalismo-valorativo e o modelo cooperativo de processo</b> .....	30
1.3	<b>Dos princípios informadores do processo cooperativo</b> .....	34
1.3.1	<u>Do princípio da boa-fé objetiva</u> .....	34
1.3.1.1	Dos deveres das partes advindos do princípio da boa-fé.....	38
1.3.2	<u>Do princípio da cooperação</u> .....	42
1.4	<b>Do abuso no exercício de situações jurídicas processuais</b> .....	49
2	<b>DA COOPERAÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO</b> .....	56
2.1	<b>Do direito constitucional à prova: da efetividade alcançada pela busca cooperativa da verdade</b> .....	56
2.2	<b>Dos deveres e ônus no campo probatório</b> .....	64
2.2.1	<u>Da colisão do dever de cooperar com o reconhecimento do direito à não autoincriminação: da redação contraditória do art. 379 do CPC</u> .....	68
2.3	<b>Da iniciativa probatória do juiz no processo cooperativo</b> .....	75
2.4	<b>Do indeferimento da produção de provas com base na valoração antecipada</b> .....	87
2.5	<b>Da distribuição dinâmica como concretização do dever de cooperação</b> .....	88
3	<b>DA VALORIZAÇÃO JUDICIAL DA CONDUTA PROCESSUAL DA PARTE</b> .....	97
3.1	<b>Elementos estruturais</b> .....	97
3.1.1	<u>Sujeitos</u> .....	97
3.1.2	<u>Objeto: exercício de posições jurídicas contrárias aos deveres de colaboração impostos pelos princípios da boa-fé e da cooperação</u> .....	100
3.1.3	<u>Natureza jurídica</u> .....	104
3.2	<b>Valoração judicial da conduta da parte no direito estrangeiro</b> .....	106
3.2.1	<u>Itália</u> .....	107
3.2.2	<u>Argentina</u> .....	112
3.2.3	<u>Portugal</u> .....	115

3.2.4	<u>Colômbia</u> .....	118
3.2.5	<u>Peru</u> .....	119
3.2.6	<u>Uruguai</u> .....	119
3.2.7	<u>Panamá</u> .....	120
3.2.8	<u>Princípios de Direito Transacional</u> .....	121
4	<b>A VALORIZAÇÃO DA CONDUTA DA PARTE NO DIREITO BRASILEIRO NO CAMPO PROBATÓRIO</b> .....	123
4.1	<b>Fundamentos</b> .....	124
4.1.1	<u>Princípio da persuasão racional</u> .....	124
4.1.2	<u>Princípios da boa-fé e da cooperação</u> .....	126
4.1.3	<u>Atipicidade dos meios de prova</u> .....	127
4.1.4	<u>Admissibilidade da utilização das máximas da experiência (art. 345 CPC)</u> .....	130
4.1.5	<u>Regras expressas acerca da valoração da conduta das partes</u> .....	132
4.1.5.1	Negativa de submissão à prova pericial médica.....	132
4.1.5.2	Concessão de tutela de evidência punitiva .....	137
4.1.5.3	Recusa injustificada à exibição de documento .....	138
4.1.5.4	Presunção no caso de falta de apresentação de contestação e de impugnação Especificada dos fatos alegados na petição inicial .....	140
4.1.5.5	Aplicação da pena de confissão na recusa em depor.....	143
4.2	<b>Aplicabilidade a outras hipóteses não previstas legalmente</b> .....	143
4.2.1	<u>Negativa de submissão à inspeção judicial, reconhecimento de pessoas, reconstituição dos fatos</u> .....	145
4.2.2	<u>Falta de comparecimento ao interrogatório livre e prestação de respostas evasivas</u> .....	146
4.2.3	<u>Apresentação de defesas incompatíveis</u> .....	149
4.2.4	<u>Recusa ao fornecimento de material gráfico e padrões de voz para perícia</u> .....	156
4.2.5	<u>Ausência de manifestação do autor sobre defesa indireta veiculada na contestação</u> .....	157
4.3	<b>Eficácia probatória da conduta da parte em juízo</b> .....	158
4.3.1	<u>Conduta da parte como meio de valoração de outra prova</u> .....	158
4.3.2	<u>Eficácia da conduta da parte como prova indiciária autossuficiente a demonstrar os fatos relevantes da demanda</u> .....	160
4.3.2.1	Indício e presunção.....	160
4.3.2.2	Presunção desfavorável e inversão do ônus da prova .....	169

4.4	<b>Valoração judicial da conduta da parte e dinamização do ônus da prova .....</b>	<b>171</b>
4.5	<b>Necessidade de previsão de regra genérica acerca da valoração judicial da conduta da parte.....</b>	<b>174</b>
4.6	<b>Diferença da valoração judicial da conduta da parte em relação a institutos similares.....</b>	<b>176</b>
4.6.1	<i>Venire contra factum proprium, tu quoque, supressio e surrectio.....</i>	176
4.6.2	<i>Estoppel.....</i>	183
4.6.3	<i>Prova de intercadência (autocontradición).....</i>	185
4.7	<b>Dos instrumentos de controle da valoração judicial da conduta da parte no processo .....</b>	<b>188</b>
4.7.1	<u>Considerações iniciais .....</u>	188
4.7.2	<u>Contraditório prévio. Da garantia do exercício do direito de influência.....</u>	189
4.7.2.1	Do contraditório prévio à valoração judicial da conduta da parte.....	192
4.7.3	<u>Do dever de motivação adequada.....</u>	195
4.7.3.1	Da motivação adequada da decisão de valoração da conduta da parte .....	199
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>202</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>209</b>

## INTRODUÇÃO

Na atual quadra, o processo civil desenvolve-se sob o signo do devido processo leal - feliz expressão cunhada por Picó I Junoy<sup>1</sup>, pautado pelos deveres advindos dos princípios da boa-fé e da cooperação.

Da concepção do processo como instrumento público de solução de controvérsias, que cumpre importante função social de pacificação de litígios, advém a valorização da boa-fé como padrão de conduta leal.

Com base nos deveres da colaboração, as partes devem colaborar entre si e com o juízo, inexistindo espaço para estratégias desleais, como omissões sobre provas relevantes, trunfos guardados e condutas contraditórias frustrando legítimas expectativas geradas por padrão comportamental precedente.

O duelo desleal cede espaço ao *fair play* na busca cooperativa da verdade. Não há como compreender o Direito livre da moralidade, uma arena de lutas<sup>2</sup>.

Como resposta à conduta desleal, pode haver a imposição de uma sanção pecuniária pelo juiz, ou uma valoração desta conduta desfavoravelmente ao contendor que praticou o ato abusivo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El debido proceso leal. **Revista Peruana de Derecho Procesal**. Lima: Palestra, 2006. p.87.

<sup>2</sup> Ao comentar a aplicação no campo processual da proibição do dolo processual, Walter Zeiss refuta a assertiva de James Goldschmidt de que o Direito processual é um direito livre de moralidade: “*Si el derecho procesal fuese un derecho libre de moralina y si le fuese extranã la categoria de la antijuridicidad( reschtswidrigkeit), no tendría cabida em él nuestra hipotetica cláusula general. Tal conclusion si impone, porque si ciertas conductas procesales son valoradas como violatorias de la buena fe(§ 2424BGB) o de las buenas costumbres(§138BGB), o como dolosas, arteras o deshonestas, e elo implica que se están introduciendo em el decrecho procesal principios Morales*”. ZEISS, Walter. **El dolo procesal** .trad. Tomas A Banzahf. Buenos Aires: EJE, 1979. p.23.

<sup>3</sup> Marcela Regina Câmara teceu os seguintes comentários acerca da valoração do comportamento do réu no exercício do direito de defesa: “Portanto, valorar a conduta processual das partes – para nós, em especial, do demandado – consiste na possibilidade que tem o julgador de extrair argumentos ou indícios probatórios do conjunto de comportamentos – ativos ou omissivos – apresentados durante a tramitação do processo, especialmente na hipótese das provas produzidas serem insuficientes para a adequada reconstrução dos fatos juridicamente relevantes. A maneira de o demandado se comportar no processo deve ser valorada e decorrer da percepção judicial, influenciando em seu convencimento. Embora não guarde relação com os pressupostos fáticos da pretensão, nasce e se esgota no processo. E mesmo não sendo oferecido pelas partes, não obsta a que, uma vez exteriorizado o comportamento no processo, qualquer destas possa solicitar, oportunamente, ao julgador que a considere como parte da prova, ou que o próprio julgador assim a considere.” CÂMARA, Marcela Regina. **Os limites da defesa incompatível à luz da eventualidade. Tese de doutorado. Orientador Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. Rio de Janeiro: UERJ, 2013. p.43.

A ideia de valorar a conduta da parte para a extração de efeitos no campo probatório não é nova, porquanto remonta à antiguidade, tendo sido o principal critério de julgamento utilizado pelo rei Salomão<sup>4</sup> para decidir a disputa de duas mulheres que postulavam a maternidade de uma criança, conforme relatado na Bíblia, no livro de Reis I, capítulo 3º, versículos 16 a 28. Após Salomão ordenar que a criança fosse cortada ao meio, para ser objeto de rateio entre as mulheres, uma das litigantes desistiu de obter a sua parte, para que a criança fosse mantida viva, e entregue à outra contendora. A outra mulher, contudo, insistia na solução encontrada pelo rei Salomão, dizendo: “*não seja nem para mim, nem para ti, dividasse*”<sup>5</sup>.

A partir da observação das condutas de ambas as partes, o rei Salomão julgou favoravelmente à mulher que buscava preservar a vida da criança, presumindo ser aquela a genitora legítima da criança<sup>6</sup>.

No caso em exame, a primeira conduta foi valorada positivamente, ao passo que o comportamento da outra litigante, indiferente à iminente morte da criança, objeto da disputa, demonstrava a ausência do vínculo de maternidade.

Mario Masciotra assevera que a melhor maneira de cristalizar a vigência dos princípios de probidade e de igualdade das partes no processo, e de tornar efetivo o dever de colaborar com a veracidade e boa-fé imposto aos litigantes, consiste em autorizar o juiz a valorar o comportamento destes no processo<sup>7</sup>.

A possibilidade de imposição das multas por litigância de má-fé, por ato atentatório à dignidade da justiça e a fixação de astreintes, como estímulo psicológico, normalmente são incapazes de dissuadir um litigante desleal. O mais importante para este perfil de contendor é

---

<sup>4</sup> Inés White afirma que o relato bíblico do julgamento do rei Salomão acerca da maternidade de uma criança foi o único que pôde encontrar, no qual o julgador decidiu exclusivamente com base na conduta adotada pelas partes. La conducta de las partes y los medios de prueba. WHITE, Inés. La conducta procesal de las partes y los medios de prueba. in **Valoración judicial de la conducta procesal**. Director PEYRANO, Jorge W. Coord ACOSTA, Daniel Fenando. 1ª edição Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 156. Esse relato do julgamento do rei Salomão também é exposto por Eduardo Cambi e Eduardo Hoffman. CAMBI, Eduardo et al. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, vol 201. São Paulo: RT, 2011. p. 59-100. Ao tratar da gênese da presunção no direito hebraico, Sérgio Carlos Covello cita o julgamento do Rei Salomão para demonstrar que as presunções não têm história, tendo surgido paralelamente à função jurisdicional. COVELLO, Sérgio. **A presunção em matéria cível**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983. p.5.

<sup>5</sup> Bíblia, Livro Reis I, capítulo 3, versículo 26. **BÍBLIA**. 39ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1982. p. 338-339.

<sup>6</sup> Nos termos do relato bíblico extraído dos versículos 27 e 28 do Livro de Reis I, capítulo 3 da Bíblia: “Então, o rei respondeu e disse: “Dai àquela o menino vivo, e não se mate, porque é esta a sua mãe. Ora, todo o Israel teve conhecimento da sentença que o rei tinha dado e temeram o rei, vendo que esteve nele a sabedoria de Deus para fazer justiça” **BÍBLIA**. Português. Rio de Janeiro, edições paulinas, 1982. p.338-339.

<sup>7</sup> MASCIOSTRA, Mario. **La conducta procesal de las partes**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005. p. 123.

obter alguma vantagem processual, mediante a adoção de conduta contrária à boa-fé, ainda que tenha de suportar eventual prejuízo financeiro.

Muitas vezes, a conduta desleal impede de forma absoluta a produção de prova que permita o êxito da parte adversa. Na impossibilidade de retornar ao *status quo ante*, a solução é valorar a conduta desfavoravelmente ao litigante desleal, com significativa repercussão no desfecho do processo. Nesse aspecto, a inobservância dos deveres de boa-fé e colaboração pode gerar um indício endoprocessual a embasar a formação do convencimento judicial<sup>8</sup>.

Na doutrina brasileira se sustenta a possibilidade de valorar judicialmente o comportamento da parte para firmar presunção desfavorável à parte desleal.<sup>9</sup>

Na Itália, é expressamente prevista no Código de Processo Civil (art. 116, *comma* 2º) a possibilidade de extrair argumentos de prova da conduta das partes em juízo, havendo viva controvérsia na doutrina<sup>10</sup>, acerca da aptidão probatória dos referidos “argumentos de prova”.

Indaga-se: poderia ser valorada judicialmente a conduta da parte no processo civil brasileiro, mesmo sem previsão legal genérica expressa? Em caso positivo, seria considerada um indício apto a servir de base para a presunção, ou mero meio de valoração de provas?

A primeira indagação consubstancia o problema de pesquisa desta dissertação de mestrado.

Diferentemente dos ordenamentos jurídicos italiano, argentino, português, colombiano, peruano, uruguaio e panamenho, inexistente no Código de Processo Civil brasileiro uma regra geral autorizando a valoração pelo juiz do comportamento das partes no processo. Apenas há previsões específicas de presunções desfavoráveis firmadas no caso de negativa de exibição de documento (art. 400 do CPC), de recusa à submissão à prova pericial médica (art.

<sup>8</sup> Luis Felipe Pires de Sousa assinala: “O denominador comum às categorias analisadas de comportamentos das partes susceptíveis de gerarem indícios processuais reconduz-se à inobservância do dever de esclarecer os factos e de, subsequentemente, colaborar na produção da respectiva prova. Estes deveres entroncam nos princípios mais gerais da boa-fé processual, da lealdade, da colaboração. (...) No caso da conduta omissiva, oclusiva e inverídica, o indício endoprocessual daí adveniente pode, no limite, constituir o único esteio da formação da convicção do juiz quanto a determinado fato” SOUSA, Luis Felipe Pires de. **Prova por presunção no Direito Civil**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2013 p.47-48. A expressão “indícios endoprocessuais” se deve a Luis Muñoz Sabaté. SABATÉ, Luis Muñoz. **Técnica probatória. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el procesos** 1ª edição. Barcelona: Práxis, 1967.p.393-405.

<sup>9</sup> Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 224; CAMBI, Eduardo; HOFFMAN, Eduardo. **Caráter probatório da conduta (processual) da parte**. Revista de Processo vol 201/2011. São Paulo: RT, 2011.p. 59-100. Há ordenamentos jurídicos que preveem a regra de inversão do encargo probatório em virtude de conduta processual da parte, como o CPC português. O texto pioneiro da lavra de Ivan Ordine Rigui defendia a possibilidade de valoração judicial da conduta da parte de forma genérica mesmo sem a previsão legal expressa. Eficácia probatória da conduta da parte. RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 20, 1981.

<sup>10</sup> A alusão é feita à doutrina italiana, pois no Brasil o tema é raramente abordado pelos doutrinadores.



232 do Código Civil), bem como a pena de confissão, em virtude da falta de comparecimento ao depoimento pessoal, e da recusa em responder às perguntas formuladas no curso do referido depoimento.

As indagações a serem formuladas são as seguintes: admitida a possibilidade geral de valoração da conduta da parte como meio de prova, qual seria a sua eficácia probatória? Poderia ser fonte de presunção judicial ou um *minus* probatório inidôneo a isoladamente formar o convencimento judicial? Seria uma forma de dinamização do ônus da prova? Quais os mecanismos de controle para evitar a arbitrariedade do julgador?

Tema pouco estudado pela doutrina nacional, a valoração judicial da conduta da parte no processo civil assume uma relevância maior no Código de Processo Civil, na medida em que este reforça o componente ético, ao prever expressamente os princípios da boa-fé e da cooperação, como reitores da conduta de todos os que participam do processo.

A mudança da conformação interna do processo, em função dos vetores axiológicos introduzidos pela Constituição da República de 1988, inaugura um modelo de processo cooperativo, em que há uma verdadeira comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, lastreada no diálogo estabelecido em conformidade com os princípios da cooperação e da boa-fé.

Nesta ótica, o formalismo processual em sentido amplo é compreendido não somente como o invólucro do ato processual- as formalidades - mas também a estrutura interna, ou seja, a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais.

Como bem acentua Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>11</sup>, o formalismo processual possui duas facetas: no plano normativo, impõe equilibrada distribuição de poderes entre as partes; no plano do fato, preconiza que o desenvolvimento concreto do procedimento deve assegurar a igualdade do exercício desses poderes pelos sujeitos, de sorte a que haja igualdade no exercício do poder de influência.

A garantia do exercício de posições jurídicas de forma equilibrada pelas partes e pelo juiz é essencial à concepção do processo, como ambiente de debate apto a produzir uma decisão justa<sup>12</sup>.

No âmbito de poderes e deveres, deve ser reconhecida a corresponsabilidade e gestão compartilhada do risco processual entre os sujeitos<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva 2003. p. 5.

<sup>12</sup> ABREU, Rafael Sirangelo. **Igualdade e processo**. São Paulo: RT, 2015.p.214.

O papel do juiz é redimensionado, por força do diálogo exigido no processo cooperativo, consoante bem assinala Daniel Mitidiero: a condução do processo é realizada de modo paritário, simétrico<sup>14</sup> na troca de informações com as partes. A assimetria na relação entre as partes e o juiz, ocorreria somente com a imposição de decisões pelo juiz<sup>15</sup>. No diálogo processual, o juiz tem o dever de prevenir as partes de possíveis erros a frustrar os objetivos processuais; prestar auxílio, quando houver obstáculo a ser removido para o exercício pelas partes de ônus, deveres; consultá-las sobre questões relevantes de fato e de direito; e por fim, pedir esclarecimentos quando houver dúvidas acerca de alegações<sup>16</sup>.

Quanto às partes, estas devem adotar conduta leal, coerente, para permitir o aporte de provas relevantes para o julgamento da demanda. A prática de condutas desleais no campo probatório rompe o equilíbrio das posições jurídicas ocupadas pelas partes, podendo este “desnível” ser compensado com a valoração desfavorável, para firmar presunção contrária aos interesses do contendor que violou os deveres impostos pelos princípios da cooperação e da boa-fé.

A partir dos estímulos à adoção de comportamentos cooperativos relativamente à atividade probatória, é assegurada a função primordial da prova como instrumento de busca da verdade, imprescindível para a prolação de uma decisão justa. Mesmo para os adeptos da função meramente persuasiva da prova, é inquestionável que um acervo probatório mais amplo, torna mais completo e rico o debate processual.

Desse modo, o tema da valoração judicial da conduta da parte também se vincula à efetividade do processo, ao acesso à justiça.

Nesse sentido, o objetivo geral da dissertação consiste em investigar a possibilidade de valoração judicial da conduta da parte no processo civil, à luz dos princípios da boa-fé e da cooperação. Para cumprir tal desiderato, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: (a) enunciar as premissas metodológicas, a começar pelo marco teórico: o formalismo-valorativo, que embasa o modelo de processo cooperativo pautado pelos deveres da boa-fé e cooperação. (b) delimitar conceitualmente a valoração da conduta da parte,

---

<sup>13</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 84.

<sup>14</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo**. Pressupostos lógicos e éticos. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011.p. 84-85.

<sup>15</sup> MITIDIERO, Daniel. Op citada p. 84-85.

<sup>16</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista dos Tribunais**. v. 93. n. 338. abr/jun. 1997. São Paulo, RT, 1997. p 149-158.

apresentando a sua estrutura- sujeitos, objeto e natureza jurídica; (c) pesquisar a disciplina legal da valoração judicial da conduta da parte no direito estrangeiro; (d) verificar a eficácia probatória da conduta da parte em juízo: enquadrar-se-ia como mero meio de valoração de outras provas, ou, ao revés, seria autossuficiente como fonte de presunção simples desfavorável ao litigante desleal; (e) analisar no atual CPC a possibilidade de o comportamento da parte ser adotado como elemento de convicção pelo juiz no processo com base no sistema da persuasão racional, na admissibilidade das provas atípicas, princípios da boa-fé e da cooperação e na previsão de regras específicas sobre a valoração judicial da conduta da parte na disciplina de alguns meios de prova; (f) aferir a necessidade de previsão de cláusula geral expressa no sentido da valoração judicial da conduta da parte; (g) distinguir a valoração da conduta da parte de figuras afins, como o *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *estoppel*, prova de intercadência( *autocontradición*); (h) averiguar os instrumentos de controle da decisão judicial que firma presunção simples desfavorável ao litigante desleal: contraditório prévio e a motivação adequada.

A amplitude do tema não comportaria uma pesquisa completa dentro do prazo para a conclusão do mestrado, razão pela qual serão realizados alguns cortes epistemológicos.

A conduta da parte pode ser valorada tanto positivamente, quanto negativamente no processo, o que amplia consideravelmente o objeto de pesquisa<sup>17</sup>.

Assim, será feito um corte epistemológico para limitar o estudo às condutas violadoras da boa-fé objetiva e dos deveres de cooperação, ou seja, o foco será estudar a possibilidade de valorar a conduta da parte desfavoravelmente aos seus interesses no campo probatório.

De fato, as grandes discussões doutrinárias acerca da valoração judicial da conduta da parte têm como cerne a possibilidade de firmar a presunção desfavorável, porquanto determinante para o desfecho do processo, o que justifica sempre maior prudência por parte do julgador.

Desse modo, será aferida a possibilidade de valoração da conduta da parte de obstrução probatória, negativa de prestação de informações relevantes para o processo

---

<sup>17</sup> Luis Muñoz Sabaté reconhece a existência de inferências incriminativas- favoráveis à parte- e “excrimativas” (desfavoráveis), advindas da conduta das partes. Parte da premissa de que seria ilógico que somente as condutas incorretas fossem valoradas negativamente, sem reconhecer a valoração favorável das boas conduta da parte. SABATÉ, Luís Muñoz. **Técnica probatória**. Barcelona: Práxis, 1967.p.392-395. No mesmo sentido ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. 3ª edição. Buenos Aires: Victor Zavalla, 1974. p 682-683. Vol II. A argentina Myriam Balestre Faure explicita que tanto a boa conduta quanto a má são passíveis de valoração. Valoracion judicial de la conducta en juicio. FAURE, Myriam Balestre. **Valoracion judicial de la conducta procesal**. Coord PEYRANO, Jorge W. Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2005. p.31.

(condutas oclusivas na classificação adotada por Luís Munõz Sabaté<sup>18</sup>), atos contraditórios (conduta hesitativa na classificação de Sabaté), omissivos, identificar os requisitos, as consequências advindas de tal fato jurídico para o litigante desleal no âmbito probatório, e, por fim, enunciar os instrumentos de controle para evitar a arbitrariedade judicial.

A restrição ao processo civil é justificada pela inexigibilidade do dever de cooperação no processo penal com a mesma intensidade do civil, em face do direito ao silêncio e do princípio da presunção de inocência<sup>19</sup>. No processo penal a tutela da liberdade justifica a outorga de um feixe de proteção mais amplo, o que, em princípio, ampara a negativa de colaboração do réu na produção de provas da prática de crime. Por força do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova é integralmente da acusação, legitimando a adoção de uma exegese mais ampla do direito à não autoincriminação.

As condutas a serem analisadas para valoração são as praticadas dentro do processo, razão pela qual excluímos a valoração da conduta pré-processual.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> SABATÉ, Luís Muñoz. **Técnica probatória**. Barcelona: Práxis, 1967. p.392-395.

<sup>19</sup> Nesta perspectiva, oportuna é a ponderação de Clarissa Diniz Guedes Ferreira: “A valoração do comportamento da parte incide, em grande medida, nos casos de omissão desta (v., a propósito, o que se disse quanto ao processo civil, em que foram exemplificadas as hipóteses de revelia, descumprimento do ônus da impugnação específica, confissão ficta etc.). Considerando que a proteção da inocência depende da consagração do direito ao silêncio do réu ou investigado – compreendido este, em nosso ordenamento, como silêncio total ou parcial – não se pode imprimir consequência negativa à inatividade do imputado. Por isso, a eficácia probatória do comportamento da parte sofre limitação considerável no processo penal” FERREIRA, Clarissa Diniz Guedes. **Persuasão racional e limitações probatórias: um enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013. Névio Scapini expõe os riscos da valoração de comportamento da parte no processo penal. Destaca o desacerto da valoração da fuga do réu como fato-base da presunção de culpabilidade, o que teria acarretado uma série de erros judiciais. SCAPINI, Névio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale**. 1ª edição. Milão: Giuffré, 2001. p.46-47.

<sup>20</sup> Fernanda Medina Pantoja analisa a possibilidade da valoração da conduta da parte quando há o descumprimento de protocolos pré-processuais como sanção nos seguintes termos: “Outra possibilidade de punição ao descumprimento dos protocolos concerne à valoração da conduta pré-processual das partes para fins probatórios. Conquanto não haja, no Direito brasileiro, nenhuma regra expressa a respeito da valoração do comportamento processual, Eduardo Cambi defende – com base na regra aberta de que todos os meios legais e moralmente legítimos são hábeis a provar a verdade dos fatos<sup>20</sup> – que a atuação das partes em juízo possuiria conteúdo probatório, podendo ser admitida como prova atípica ou indiciária, na formação do convencimento do julgador.<sup>20</sup> Na Inglaterra, em sentido análogo, podem-se extrair inferências fáticas contrárias à parte que falha em cumprir um protocolo; os princípios do American Law Institute/Unidroit igualmente reconhecem essa espécie branda de punição. Embora nos pareça equivocada a afirmação de que o comportamento das partes possa constituir um elemento de convicção ou meio de prova, passível de valoração pelo juiz em desfavor da parte faltosa, é inegável que a conduta processual, em certas hipóteses, é capaz de acionar a dinâmica do ônus da prova.” PANTOJA, Fernanda Medina. **Protocolos pré-processuais. Fundamentos para a construção de uma fase prévia no processo brasileiro**. Orientador: Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2016. p 206.

Os efeitos a serem analisados restringir-se-ão aos probatórios, motivo pelo qual excluímos a análise da possibilidade de aplicação de penas de multa por litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da justiça e indenização por dano processual.

Destaque-se, que o objetivo do estudo não será tratar em profundidade os temas da distribuição do ônus da prova, motivação, contraditório, *venire contra factum proprium* (conduta desleal passível de valoração no processo), abuso do processo, preclusão, que mereceriam uma dissertação própria, pois a abordagem limitar-se-á ao necessário para o desenvolvimento da pesquisa do objeto principal da dissertação.

A valoração da conduta omissiva da parte foi tratada de forma genérica, sem grande aprofundamento, vez que a temática é rica e mereceria dissertação própria<sup>21</sup>.

O trabalho será composto de quatro capítulos, e seguirá uma abordagem eminentemente crítico descritiva, recorrendo-se à análise dos ordenamentos jurídicos estrangeiros e da doutrina produzida nesses países que preveem a possibilidade de valoração judicial do comportamento para fins probatórios.

O primeiro capítulo tratará do marco teórico, formalismo-valorativo, para a análise do processo cooperativo pautado pelos deveres da boa-fé e da cooperação. Além da abordagem dos princípios da boa-fé e da cooperação, será examinado o tema referente ao abuso do direito no exercício de situações jurídicas processuais.

A abordagem da aplicação do princípio da cooperação no campo do direito probatório é realizada no capítulo 2. Será enfrentado o tema do direito constitucional à prova como consectário dos princípios do acesso à justiça, e da ampla defesa, bem como os deveres, ônus das partes e poderes do Juiz no campo probatório. Após, será abordada a possibilidade de dinamização do encargo probatório em atenção às peculiaridades do caso concreto.

O capítulo 3 apresenta, no primeiro item, os aspectos estruturais da valoração da conduta da parte- sujeitos, objeto de valoração, natureza jurídica. Em seguida, ocupar-se-á da pesquisa nos ordenamentos jurídicos italiano, português, argentino, colombiano, uruguaio, peruano, panamenho, e nos princípios de processo transnacional, das normas que permitem a valoração da conduta das partes como meio de prova.

O quarto capítulo é dedicado à análise no Direito brasileiro da possibilidade de valoração judicial da conduta da parte processo com base no sistema da persuasão racional, admissibilidade das provas atípicas, princípios da cooperação e da boa-fé, e das regras

---

<sup>21</sup> Remissão pode ser feita à pesquisa desenvolvida por Guilherme Tambarussi Bozzo acerca dos atos omissivos das partes na dissertação de mestrado **Inatividade das partes no Processo Civil brasileiro: análise dogmática à luz da isonomia entre os litigantes**. Dissertação de mestrado. Orientador Heitor Mendonça Sicca. São Paulo: USP, 2016.

pontuais acerca da valoração desfavorável para firmar presunção judicial. Posteriormente, será aferida a eficácia probatória da conduta da parte em juízo: enquadrar-se-ia como indício apto a servir de elemento de prova subsidiário, ou, ao revés, seria autossuficiente como fonte de presunção simples desfavorável ao litigante desleal? Outra questão de suma importância reside em aferir se a valoração judicial da conduta das partes configura modalidade de dinamização do encargo probatório nos moldes do preceituado no §1º do art. 373 do CPC. Em seguida, será perquirida a necessidade ou não de previsão de regra genérica acerca da possibilidade de valoração judicial da conduta da parte em juízo. Em face da necessidade de distinguir a valoração da conduta processual das partes de outros institutos com os quais guarda algumas afinidades, serão analisadas as características da vedação do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), *tu quoque*, *supressio*, *surrectio*, prova de intercadência, *estoppel*. Ao final, são enunciados os instrumentos de controle da valoração da conduta da parte em juízo: contraditório prévio e a motivação adequada. O escopo de tais instrumentos é o de evitar a arbitrariedade judicial na valoração da conduta da parte em juízo, assegurando sempre a participação das partes na construção da decisão.

No capítulo final, à guisa de conclusão, serão apresentadas reflexões sobre a valoração da conduta da parte no Direito brasileiro.

No desenvolvimento da dissertação, serão utilizadas obras doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros, com enfoque no direito italiano (fonte de consulta doutrinária obtida tanto por meio físico como eletrônico). Conforme já asseverado, o tema é pouco estudado pela doutrina nacional, o que torna imprescindível o estudo da doutrina estrangeira que trata do tema (especialmente na Itália e na Argentina), a fim de obter subsídios que permitam a aplicação da valoração judicial do comportamento à luz do sistema processual brasileiro.

## 1. DO MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO: DIÁLOGO E LEALDADE

### 1.1 Neoconstitucionalismo e filtragem constitucional: mudança do centro de gravidade do sistema jurídico, a formatar um novo modelo de processo.

Em meados do século XX, depois do fim da Segunda Guerra, o mundo assistiu à emergência de Constituições europeias (Itália, Portugal, Alemanha) com perfis semelhantes, inaugurando um novo paradigma de Carta Política. No Brasil, país de constitucionalidade tardia<sup>22</sup>, esta mudança somente ocorreu com a promulgação da Constituição da República de 1988.

De mera carta de organização do Estado e de tutela dos direitos individuais da liberdade, as Constituições contemporâneas avançaram para a tutela da dignidade humana e concretização de fins sociais. Passou-se do Estado de Direito para o Estado Constitucional<sup>23</sup> com a mudança do centro de gravidade do sistema jurídico para a Constituição<sup>24</sup>.

Desse modo, o paradigma legicêntrico, legalista- a lei valia mais do que a Constituição- foi substituído pelo reconhecimento da Constituição como norma fundamental, hierarquicamente superior, e diretamente aplicável<sup>25</sup>. Além do reconhecimento da força normativa da Constituição, ampliação da jurisdição constitucional, houve a aproximação entre

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Disponível em <http://luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em 23/11/2016.

<sup>23</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. Ley, derecho y justicia. Madri: Trotta, 1995.p. 23. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado del derecho. In **Neoconstitucionalismo** (s). Coordenador CARBONELL, Miguel. 4ª edição. Madri: Trotta, 2009. p. 14. Luigi Ferrajoli faz menção ao Estado Legislativo de Direito que surge com o Estado moderno e ao Estado constitucional de direito produto da proliferação, no período posterior à segunda guerra mundial de constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias. Sustenta no referido artigo as mudanças de paradigma na natureza e estrutura do direito, na natureza da ciência jurídica e na jurisdição. FERRAJOLI, Luigi.Op citada p. 9-29.

<sup>24</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. Ley, derecho y justicia. Madri: Trotta, 1995.p. 40. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª edição. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013. p. 22 **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Disponível em <http://luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em 23/11/2016.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª edição. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 22 **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Disponível em <http://luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em 23/11/2016.

direito e moral, a consagração de diversos princípios e a utilização de novos métodos de interpretação, como a ponderação para solucionar os conflitos entre os princípios.

O neoconstitucionalismo é a expressão que designa o constitucionalismo contemporâneo, porém não possui um único sentido, daí se falar em vários neoconstitucionalismos, como bem ressalta Miguel Carbonell em famosa compilação de textos intitulada “neoconstitucionalismo (s) ”.

Paolo Comanducci institui uma classificação de três formas de neoconstitucionalismo análoga à conhecida distinção formulada por Norberto Bobbio das acepções de positivismo jurídico: teórica, ideológica e metodológica<sup>26</sup>. Como teoria almeja descrever as mudanças operadas nos sistemas jurídicos por força da constitucionalização: a positivação de garantias fundamentais, previsão de princípios e regras, novas formas de interpretação. Supera-se o estatalismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo<sup>27</sup>.

Como ideologia, o neoconstitucionalismo diferencia-se do constitucionalismo por não almejar a limitação do poder estatal, pondo em primeiro plano o objetivo de garantir os direitos fundamentais<sup>28</sup>. Há a aproximação entre direito e moral, tendo como ponte os princípios fundamentais.

O neoconstitucionalismo metodológico se contrapõe ao positivismo metodológico ao preconizar a conexão necessária entre direito e moral estabelecida por meio dos direitos fundamentais como a ponte, o elo entre eles.

Em face da diversidade de opiniões acerca do neoconstitucionalismo, de forma didática, Daniel Sarmento sintetizou as principais mudanças introduzidas pelo novo modelo de teoria constitucional inaugurada no Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988:

“(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo

---

<sup>26</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um analisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Coord CARBONELL, Miguel. México: editorial Trotta, 2003.p 75-98.

<sup>27</sup> COMANDUCCI, Paolo. Op cit., p. 75-98.

<sup>28</sup> COMANDUCCI, Paolo. Op cit., p. 75-78.



deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.”<sup>29</sup>

O advento da Constituição de 1988 promoveu a releitura de todos os ramos do Direito à luz dos valores constitucionais por força da modificação do fundamento de validade do ordenamento jurídico, fenômeno denominado “filtragem constitucional”<sup>30</sup> ou constitucionalização do direito.

Segundo Riccardo Guastini<sup>31</sup>, a expressão constitucionalização do ordenamento jurídico não é de uso comum na linguagem dos juristas, e não possui um significado unívoco, devendo ser compreendida como o processo de transformação ao final do qual o ordenamento resta “impregnado “pelas normas constitucionais”<sup>32</sup>. Trata-se da força irradiante<sup>33</sup> da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

No âmbito do processo civil, a constitucionalização acarretou a “ressignificação”, revisitação dos institutos processuais, que foram formatados em conformidade com as garantias constitucionais.

Resumindo esta nova ótica de percepção do Processo Civil, Cássio Scarpinella Bueno<sup>34</sup>, parafraseando Mauro Cappelletti, pontifica que se trataria da eleição da constituição como “programa de reforma e como método de pensamento” do direito processual civil, razão pela qual defende ter surgido um novo modelo: Direito processual Constitucional.

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. n 9 . Belo Horizonte: jan/2009. v. 3.

<sup>30</sup> SHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris editora, 1999.

<sup>31</sup> GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In **Neoconstitucionalismo (s)**. Coord CARBONELL, Miguel. México: editorial Trotta, 2003. p. 49-73. O referido autor italiano enumera as seguintes condições de constitucionalização: i) existência de uma constituição rígida; ii) controle jurisdicional da constitucionalidade das leis; iii) força vinculante da Constituição; iv) a sobreinterpretação da Constituição; v) a aplicação direta da Constituição; vi) a interpretação conforme das leis; vii) a influência da Constituição nas relações políticas. Op citada p. 50-57.

<sup>32</sup> Luis Roberto Barroso define a constitucionalização da seguinte forma: “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Disponível em <http://luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em 23/11/2016.

<sup>33</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em <http://luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em 23/11/2016, SARMENTO, Daniel et al. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. 1ª edição. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 41.

<sup>34</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. O “modelo constitucional do Direito Processual Civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas implicações”. **Revista de Processo** vol. 161. São Paulo: RT, 2008, p 261-270.

Nomenclatura diversa é utilizada por Eduardo Cambi, ao falar de neoprocessualismo,<sup>35</sup> consecutório lógico do neoconstitucionalismo.

Paralelamente ao surgimento do direito processual constitucional e ao neoprocessualismo, adveio o formalismo valorativo, elaborado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, seria, na ótica da escola de Direito do Rio Grande do Sul, uma nova fase metodológica<sup>36</sup>, em substituição à fase instrumentalista, fruto da nova ordem constitucional. O foco de estudo do formalismo-valorativo repousa no processo, cujas formalidades são estruturadas em conformidade com os valores consagrados na Constituição da República.

Embora se faça muitas vezes alusão ao neoprocessualismo e ao formalismo valorativo como sinônimos<sup>37</sup>, é possível constatar algumas diferenças, como bem aponta Marco Félix Jobim: o formalismo valorativo opera com base em dois paradigmas de interpretação que deverão balizar o processo civil brasileiro; quais sejam, o da efetividade e da segurança jurídica, ao passo que o neoprocessualismo não prioriza algum valor específico para a releitura, abrangendo todos os que se encaixam no perfil de processo justo ou devido processo legal<sup>38</sup>.

Há, pois, o deslocamento do polo metodológico no formalismo valorativo, que, na concepção instrumentalista, repousava na jurisdição para a relação processual, o processo, o que poderia significar a emergência de um novo método de trabalho.

Nesse ponto, assiste-se a um retorno do pêndulo em direção à valorização das estruturas internas do processo, às formalidades processuais, sem se descuidar dos avanços

---

<sup>35</sup> Compreendendo o neoprocessualismo e o formalismo-valorativo como uma mesma fase metodológica, porém preferindo a primeira terminologia, afirma Eduardo Cambi: “ O neoprocessualismo procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do fetichismo das formas. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais (...) Trata-se de uma nova fase metodológica a que se tem chamado de formalismo-valorativo. ” **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial.** 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p.143.

<sup>36</sup> Adotando o formalismo valorativo como nova fase metodológica do processo civil confira-se. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 2ª edição. São Paulo: RT, 2009. AMARAL. Guilherme Rizzo. **A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo valorativo. Um método e sua aplicação.** Tese de doutorado. Orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: UFRS, 2006. p. 14/15 Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br>. Acesso em 05.12.2016.

<sup>37</sup> Considerando como sinônimos, vide CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial.** 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.p143, DIDIER JR, Fredie. Manual de processo Civil. Vol I. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 47.

<sup>38</sup> JOBIM, Marco Felix. **Fases metodológicas do processo.** Disponível em <<http://www.reakjdd.com.br/artigos/ed8-7.pdf>>. Acesso em 03/12/2016.

promovidos pelo instrumentalismo, no sentido de assegurar resultados, aprimorar a técnica processual para a consecução de seus fins.

Indaga-se: seria uma metodologia de trabalho para “além do instrumentalismo”, conferindo ênfase ao meio de produção das decisões, para aumentar o espaço de participação das partes no processo, igualando-se os poderes dos sujeitos processuais<sup>39</sup>?

O instrumentalismo ainda enfrenta a crítica de defender o aumento dos poderes do juiz<sup>40</sup>, causando um desequilíbrio entre os sujeitos processuais.

Questão relevante consiste em aferir se a Constituição da República alterou a ordem processual a ponto de justificar uma nova metodologia de estudo do processo.

A doutrina é pacífica acerca da existência de três fases metodológicas do processo, residindo o dissenso na emergência de uma quarta fase.

A primeira fase (sincretista, imanentista ou praxista) é caracterizada pela ausência de autonomia do Direito processual, pois o processo era compreendido como um aspecto do direito material, como o modo de exercício do direito quando violado<sup>41</sup>.

A segunda fase é a denominada autonomista, marco do nascimento do Direito processual<sup>42</sup>, que teve origem com a publicação da obra “*Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*” de Oskar Von Bülow, na qual houve a sistematização dos referidos pressupostos, operando-se a distinção entre a relação de direito processual daquela de direito material. Importante para este fim, foi a famosa polêmica criada anteriormente por Windscheid e Muther, acerca da *actio* romana. Com o passar dos anos, contudo, o reconhecimento da autonomia da relação processual começou a apresentar suas disfunções: o

---

<sup>39</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Das nulidades no processo moderno**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 186.

<sup>40</sup> Joaquim Calmon de Passos dirige severas críticas à concepção instrumentalista, em função da quebra do equilíbrio processual em favor do Juiz: “Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela “instrumentalidade” foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas consequências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. PASSOS, Joaquim Calmon de. ” Instrumentalidade do processo e devido processo legal” **Revista de processo**. vol. 102. São Paulo: RT, 2001 abril/junho 2001. No mesmo sentido são apresentadas críticas por ABOUD Georges et al. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas às projeções a partir da exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de processo**. Ano 33. n. 166 dez. 2008.

<sup>41</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de processo civil**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 389. Vol I

<sup>42</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de processo civil**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 390. Vol I

processo, técnica infensa a valores, afastou-se do direito material, tornando-se um fim em si mesmo.

A terceira fase metodológica, o instrumentalismo<sup>43</sup>, nasceu a partir de estudos de diversos juristas, como Mauro Cappelletti e Vitorio Denti, colocando em primeiro plano a obtenção de resultados por meio do processo<sup>44</sup>. Este novo método de pensamento representou uma tomada de consciência para os fins jurídicos, sociais e políticos do processo, ou seja, para a necessidade de o processo ser um instrumento efetivo para a concretização do direito material. No direito brasileiro, o principal expoente do instrumentalismo, Cândido Rangel Dinamarco, foi o responsável pela sistematização das bases da concepção teleológica do processo<sup>45</sup> na obra “*A Instrumentalidade do Processo*”.

A instrumentalidade pode ser vista sob a ótica negativa e positiva: a primeira corresponde à negação de que o processo tenha um fim em si mesmo, repudiando o formalismo excessivo (instrumentalismo das formas); e a segunda, relaciona-se com a efetividade, ou seja, a aptidão do processo para atingir os fins jurídicos, sociais e políticos, constituindo um processo de resultados<sup>46</sup>.

No modelo instrumentalista ou teleológico, a jurisdição é colocada no centro da teoria geral do processo, correspondendo à visão publicista do sistema jurídico, em que o processo é utilizado pelo Estado para atingir os fins por ele estabelecidos<sup>47</sup>.

Os escopos sociais e políticos são a porta principal de ingresso dos valores no processo<sup>48</sup>, superando-se a concepção de que seria mero instrumento técnico impermeável aos valores sociais.

---

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. Mauro Cappelletti já revelava esta visão teleológica do processo em estudos publicados na década de 70: “*Una das primeras y más elementares nociones de las cuales suele tomar el impulso la enseñanza del derecho procesal é su carácter instrumental: la instrumentalidade, del processo como género, y del processo como espécie. El derecho procesal no es em verdade un fin en si mismo, sino instrumento para el fin de la tutela des derecho substancial, publico e privado; está em suma por decir-lo así, al servicio del derecho substancial, del cual tende a garantizar la efectividad, o se ala observância y para el caso de inobservância la reintegracion*”. **Proceso, ideologias y sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974. p.5.

<sup>44</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. O futuro do processo civil brasileiro in **Fundamentos do processo civil brasileiro**.vol I 6ª edição. São Paulo: malheiros, 2010. p. 126-127; CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias y sociedad**. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974.p. 5-10.

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>46</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 377.

<sup>47</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op citada. p. 95.

Se, no modelo autonomista, as formalidades do instrumento tinham primazia sobre o direito material, tornando o processo um fim em si mesmo; no instrumentalismo, os fins têm prevalência sobre as formalidades.

Em relação à alegação de superação do modelo instrumentalista em função do advento da Constituição de 1988, algumas observações devem ser feitas.

Não se refuta a expressa menção da tutela das garantias processuais constitucionais na concepção instrumentalista<sup>49</sup>, e poder-se-ia dizer que os críticos<sup>50</sup> estariam a se utilizar da “falácia do espantalho”, distorcendo a concepção teleológica por meio de uma visão exagerada do instrumento dirigido ao fim, com o desprezo das formalidades<sup>51</sup> que asseguram os direitos constitucionais processuais. Ao dizer que o instrumento deve concretizar o direito material, representando um processo de “resultados”, estar-se-á a defender um modelo de consecução dos fins a qualquer custo, “atropelando” as garantias processuais? Essa questão encontra-se intimamente ligada à outra: houve a superação do instrumentalismo pelo advento da Constituição da República, ou é possível a sua releitura à luz da Carta Magna?

Em defesa da ausência de superação do instrumentalismo pelo garantismo processual<sup>52</sup> - e o mesmo raciocínio se aplica ao formalismo-valorativo, neoprocessualismo,

---

<sup>48</sup> Neste sentido, averba Mauro Cappelletti: “ *Un sistema procesal sera tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaliza y a esa finalidad. Es esta verdaderamente la primera “puerta” grande a través de la cual las ideologias penetran en el proceso. Aludo evidentemente a las ideologias que forman la base del derecho substancial, publico y privado y sus instituto*” CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. 1ª edição. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América, 1974. p. 6.

<sup>49</sup> Alude Cândido Rangel Dinamarco à perene correspondência do processo como instrumento de prestação da jurisdição às constituições, conforme o excerto adiante transcrito: “No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ondas renovatórias, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a seguir” DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

<sup>50</sup> ABBOUD, Georges et al. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas às projeções a partir da exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de processo**. Ano 33. n 166 dez/2008. No referido texto, os autores procedem ao exame crítico da corrente de pensamento jurídico-processual denominada instrumentalidade do processo, a fim de trazer contribuições para a solução de alguns “mal-entendidos sobre o processo”, e especialmente debater a busca de uma efetividade, não meramente quantitativa, mas também qualitativa, certificada por um “selo de feições democráticas”. Consideram os autores que a instrumentalidade do processo encampa o modelo estatalista (classificação de Fioravanti), em que a centralidade da teoria geral do processo é ocupada pela jurisdição, decorrendo daí a concentração das atenções na figura do juiz.

<sup>51</sup> Poder-se-ia dizer que há a radicalização dos escopos instrumentalistas para poder direcionar críticas consubstanciadas na ausência de respeito às garantias processuais constitucionais. Em verdade, não é o propugna Cândido Rangel Dinamarco.

<sup>52</sup> ABBOUD, Georges et al. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas às projeções a partir da exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de processo**. Ano 33. N 166 dez/2008.

direito processual constitucional -, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>53</sup> sustenta que o método instrumentalista compatibiliza adequadamente o sincretismo com a autonomia, fases por que passou a evolução da ciência processual. Assevera que o objetivo era superar as preocupações exclusivamente endoprocessuais da fase autonomista, em prol de uma visão teleológica do processo, como consequência do amadurecimento da ciência processual<sup>54</sup>.

Ressalta, que de modo algum a mudança de método significa o abandono da segurança, valor imprescindível à efetividade do processo, garantida pelo devido processo legal para a equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados.<sup>55</sup>

De fato, Cândido Rangel Dinamarco, ao sistematizar o instrumentalismo, confere importância ao direito processual constitucional e à segurança jurídica, tanto é que alude à tutela constitucional do processo, a qual tem por escopo assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que provêm da ordem constitucional<sup>56</sup>. Destaque é atribuído pelo referido doutrinador às relações entre o processo e a Constituição, originando o direito processual constitucional, compreendido como condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo<sup>57</sup>.

Concordamos com as lúcidas ponderações de José Roberto dos Santos Bedaque, no que tange à ausência de desprezo do instrumentalismo pelas formalidades, garantias constitucionais, porquanto o que se combatia com o instrumentalismo era o hiperformalismo, o processo que se desprende do direito material e, passa a seguir uma lógica própria, desvinculada do escopo primordial, que é a entrega da prestação jurisdicional efetiva. A meta do instrumentalismo era conferir novo direcionamento ao estudo do processo, por meio de

---

<sup>53</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? **Garantismo processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1ª edição. Coordenação BEDAQUE, José Roberto et al. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.

<sup>54</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? **Garantismo processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1ª edição. Coordenação BEDAQUE, José Roberto et al. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.

<sup>55</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Coord. BEDAQUE, José Roberto et al. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.

<sup>56</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

<sup>57</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. p 119-120. Vol I.

uma análise sob o ângulo externo, com a fixação dos objetivos a serem alcançados<sup>58</sup>, atendendo a escopos políticos, jurídicos e sociais.

A concepção do processo como mero instrumento técnico, infenso a valores, foi substituída pela de instrumento permeável aos valores da sociedade, tanto é que visava a atingir escopos sociais, políticos além dos jurídicos. Destarte, nunca foi o intento do instrumentalismo ignorar a importância dos valores fundamentais tutelados pelas formalidades.

Uma leitura da concepção instrumentalista sob a ótica da Constituição da República poderia alcançar efeitos próximos- porém não idênticos - aos do formalismo valorativo, no que tange à tônica conferida ao princípio do contraditório, a lastrear o nascimento do modelo de processo cooperativo.

Nesse ponto, embora haja uma mudança no polo metodológico – da jurisdição para o processo -, não nega o formalismo-valorativo a premissa instrumentalista de efetividade no alcance dos escopos, podendo, em linha de princípio, ser o formalismo-valorativo acomodado na fase instrumentalista, desde que o instrumentalismo seja relido à luz da Constituição da República<sup>59</sup>.

O formalismo-valorativo busca equacionar a tensão entre os valores efetividade e segurança a partir das formalidades<sup>60</sup> mediante o método da ponderação. Vale dizer, abrandar-se a denominada função negativa da instrumentalidade em nome da ponderação entre efetividade e segurança, restringindo-se o aspecto negativo apenas às formalidades

<sup>58</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 11. (Prefácio da 1ª edição).

<sup>59</sup> Não há como deixar de mencionar a arguta observação de Marco Félix Jobim: “Ao abrir sua conceituação para os escopos do processo, facilmente qualquer fase nova a ser criada poderá se enquadrar num dos escopos da fase instrumentalista – social, política ou jurídica – estando aí a grande armadilha criada para que nenhuma outra fase seja admitida por esta Escola, bastando, apenas, que o instrumentalismo seja, pelo escopo jurídico, relido pela ótica dos Direitos Fundamentais, criando-se, assim, um pós-instrumentalismo ou neoinstrumentalismo. JOBIM, Marco Felix. **Fases metodológicas do processo**. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/artigos/ed8-7.pdf> Acesso em 03/12/2016.

<sup>60</sup> A questão referente ao equacionamento da tensão entre os valores efetividade e segurança é bem colocada por AMARAL, Guilherme Rizzo. **A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo valorativo. Um método e sua aplicação**. Tese de doutorado. Orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: UFRS, 2006. p. 14/15 Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13144/000582345.pdf?...1>. Acesso em 05.12.2016. No mesmo sentido : OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 04/12/2016.

excessivas, estéreis, que não correspondem a valores constitucionais<sup>61</sup>. Em virtude do equilíbrio no exercício dos poderes pelos sujeitos do processo – partes e juiz -, há a concessão de maiores poderes às partes, o que destoa da concepção instrumentalista original, caracterizada pela concentração de poderes nas mãos do juiz.

Em verdade, como bem assevera Marco Félix Jobim<sup>62</sup>, só o tempo dirá se a fase do formalismo-valorativo será aquela na qual todas as perguntas serão respondidas, acentuando que a falta de publicização dificultaria o ingresso desta quarta fase na doutrina nacional<sup>63</sup>.

Conquanto não represente o formalismo valorativo propriamente uma ruptura com a fase instrumentalista, apresenta peculiaridades que justificam a sua eleição como marco teórico da presente pesquisa, porquanto foca o estudo nas estruturas internas do processo, lançando novas luzes sobre as relações entre os sujeitos processuais, ou seja, a divisão de trabalho entre partes e juiz. Não se despreza o valor a efetividade, mas busca-se um ponto de equilíbrio entre esse valor e a segurança.

## 1.2 Do formalismo-valorativo e o modelo cooperativo de processo

A constitucionalização do processo civil foi determinante na emergência do denominado formalismo valorativo, caracterizado por uma releitura das formalidades processuais: afastando o formalismo estéril, excessivo, busca-se assegurar o primado dos direitos fundamentais pelo formalismo processual.

O formalismo-valorativo considera que as formalidades consagram valores constitucionais, ou seja, compreende o processo como produto da tábua axiológica prevista na Constituição da República. Os valores mais relevantes na formatação do processo seriam a justiça, a paz social, a segurança e a efetividade<sup>64</sup>, passíveis de balanceamento; sendo certo que a prevalência de um vetor axiológico em detrimento de outros se deve a questões de

---

<sup>61</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. Op citada. p. 15-16.

<sup>62</sup> JOBIM, Marco Felix. **Fases metodológicas do processo** Disponível em <http://www.reajdd.com.br/artigos/ed8-7.pdf>

<sup>63</sup> JOBIM, Marco Félix. **Fases metodológicas do processo**. Disponível em <http://www.reajdd.com.br/artigos/ed8-7.pdf> Acesso em 03/12/2016.

<sup>64</sup> **Do formalismo no processo civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 64-71.



política judiciária, em função dos fatores culturais predominantes em determinado local e época<sup>65</sup>.

As formas representam a garantia do cidadão contra o arbítrio, conferindo organização e, portanto, ordem, previsibilidade à tramitação do processo<sup>66</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira diferencia a formalidade em sentido estrito, que corresponde ao invólucro dos atos processuais, da formalidade em sentido amplo, que abarca a totalidade formal do processo, composta pela delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com o escopo de alcançar as suas finalidades.<sup>67</sup>

Nesse resgate da importância das formalidades, porquanto concretizadoras de valores albergados pela Constituição da República, transforma-se o processo no “direito constitucional aplicado”<sup>68</sup>, buscando-se um equilíbrio entre forma e conteúdo, de sorte a aprimorar não somente a adequação do instrumento aos fins, mas também a qualidade da decisão pelo incremento da participação das partes.

A modificação primordial foi realizada na estrutura interna do processo, mais precisamente na repartição equilibrada de posições jurídicas processuais, assegurando-se a igualdade no exercício do poder de influência<sup>69</sup>.

Destarte, o redimensionamento operado pela aplicação da Constituição no âmbito do processo promoveu o fortalecimento do contraditório, que, de mera garantia formal, foi erigido, dentro de uma democracia participativa, ao contraditório como direito de influência

---

<sup>65</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Op citada p.71-73.

<sup>66</sup> **Do formalismo no processo civil.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

<sup>67</sup> **Do formalismo no processo civil.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

<sup>68</sup> Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera: *“Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.”* **O formalismo na perspectiva dos direitos fundamentais.** Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 04/12/2016.

<sup>69</sup> Em estudo sobre as formalidades processuais, Alois Troller salienta a necessidade de assegurar o justo equilíbrio no exercício do poder de influência pelas partes no processo: *“O justo equilíbrio pelas partes serve para lhes conceder na mesma medida direitos, faculdades e deveres, de modo que não sejam desiguais suas possíveis influências sobre o desenvolvimento do processo e a atividade de conhecimento do juiz. Trata-se de um postulado lógico; mas sua realização é concedida novamente apenas pela forma”* TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil.** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª edição. Porto Alegre: Sérgio Fabris editora, 2009.p. 23. No mesmo sentido CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade prima facie dos Atos Processuais** .1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 183.

efetiva e dever de debate<sup>70</sup>. A abordagem do princípio do contraditório no processo contemporâneo será realizada no item 4.5.2 dessa dissertação, ao tratar dos mecanismos de controle da valoração judicial da conduta da parte.

O modelo cooperativo de processo corresponde àquele, cujas formalidades asseguram um diálogo simétrico, paritário, entre partes e juiz.

Neste ponto, oportuno mencionar a classificação de modelos processuais apresentada por Daniel Mitidiero, partindo da premissa de que a forma de distribuição de poderes no processo - o formalismo processo - é condicionada pela organização política social. Nesta perspectiva, trabalha o referido doutrinador com três modelos de organização social com reflexos no modelo de processo: paritário, assimétrico e cooperativo<sup>71</sup>.

No primeiro modelo, partes e juiz encontravam-se em pé de igualdade correspondendo ao sistema político grego e ítalo-medieval<sup>72</sup>, caracterizado pela ausência de iniciativa probatória ao juiz<sup>73</sup>. Neste modelo, a função da prova era meramente persuasiva, porquanto o que interessava eram as versões dos fatos expostas pelos patronos das partes, sem qualquer preocupação com a busca da verdade. Havia ampla disponibilidade das partes em relação ao objeto do processo e iniciativa exclusiva destas na produção de provas, ou seja, o processo era “coisa das partes”<sup>74</sup>.

Divisão de trabalho diversa existia nos processos assimétricos ou hierárquicos, em que a posição do juiz era preponderante, posicionando-se acima das partes. Segundo Daniel Mitidiero, constam registros históricos deste tipo de processo na terceira fase do processo romano (extraordinaria *cognitio*) e no Estado moderno (o Código prussiano do Século

---

<sup>70</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**. Seconda Serie, Anno LX, N° 02. Pádua: CEDAM, 2005.

<sup>71</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos** 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p.71.

<sup>72</sup> MITIDIERO, Daniel. Op citada p. 72. GIULIANI, Alessandro. L'ordo Juridiciarius Medioevale-Riflessioni su um modelo puro di ordine isonômico. **Rivista di Diritto Processuale**. Pádua: CEDAM, 1988.p 600-601. O autor italiano entende que as ordens resultam de um perene conflito entre retórica e lógica, aduzindo o seguinte: “*La storia del processo è percorso del perene conflitto tra retorica e logica, che riflette due concezioni opposte dell'ordine, che abbiamo definito "ordine isonômico" ed ordine asimmetrico. Esse sono alla base rispettivamente dell'ordo medioevale e del processo nel senso moderno(...)*” op citada p. 600-601.

<sup>73</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos** 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p.75-76.

<sup>74</sup> GIULIANI, Alessandro. L'ordo Juridiciarius Medioevale-Riflessioni su um modelo puro di ordine isonômico. **Rivista di Diritto Processuale**. Pádua: CEDAM, 1988. p 600-601.

XVIII)<sup>75</sup>. Pode ser inserido como modelo de processo assimétrico, o processo social consagrado no Código Austríaco de Franz Klein (1895).

No terceiro modelo, o processo cooperativo, há a simetria na divisão de trabalho entre juiz e partes, e sua base repousaria na cláusula do Estado Democrático de Direito e no fundamento da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º e 3º, I, da Constituição da República)<sup>76</sup>. O processo é concebido como uma comunidade de trabalho, marcada pelas interações colaborativas em prol de uma decisão justa.

A ideia de comunidade de trabalho, baseada no diálogo entre as partes e o juiz, serve de contenção de eventuais excessos dos sujeitos processuais, tanto do juiz em relação às partes, quanto destas entre si; e no âmbito probatório, facilita a busca da verdade em função do esforço conjunto dos sujeitos processuais para o esclarecimento dos fatos necessários ao julgamento da demanda.

Dentro de um regime de colaboração, o ônus da prova pode ser dinamizado em atenção à extrema dificuldade de uma parte; ou a maior facilidade da outra em produzi-la, conforme será tratado no item 2.5 do Capítulo 2. Para tanto, a parte a ser onerada deve sempre ser informada com a antecedência necessária para poder desincumbir-se satisfatoriamente de seu encargo probatório.

Quanto aos deveres probatórios, justifica-se a sua imposição para que as partes produzam a prova necessária ao esclarecimento da verdade.

A ampliação dos poderes de participação das partes tem como consequência necessária o aumento dos deveres éticos, de forma a que não haja desequilíbrio no exercício da influência exercida pelas partes no processo decisório.

A valoração judicial da conduta da parte contrária à boa-fé e ao princípio da cooperação insere-se como ferramenta apta a compelir as partes a adotarem conduta proba e cooperativa no processo, na medida em que corrige o desequilíbrio da conduta desleal de uma das partes.

---

<sup>75</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p.713. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p.21-22.

<sup>76</sup> MITIDIERO Daneil. Op citada. p.79-80. Quanto ao desequilíbrio de poderes no âmbito do processo de feição publicista, confira-se TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. 1ª ed. Porto Alegre: SergioAntonio Fabris ed,2009 p. 43/45. CIPRIANI, Franco. Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). **Rivista di Diritto Processuale**, out/dez 1995. p. 969-1004.

### 1.3 Dos princípios informadores do processo cooperativo

#### 1.3.1 Do princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva, atualmente previsto no art. 5º do Código de Processo Civil, preconiza que os personagens do processo devem adotar um padrão objetivo de comportamento ético. Almeja-se uma atuação no processo, considerando sempre a posição da outra parte<sup>77</sup>. Os deveres de veracidade e completude emergem do princípio da boa-fé objetiva.

O referido dispositivo legal é uma cláusula geral<sup>78</sup> prevista no CPC, pois exige a adoção de comportamentos dos sujeitos do processo em conformidade com o princípio da boa-fé, sem enunciar concretamente as condutas em questão, transferindo ao intérprete, a complementação da estrutura normativa<sup>79</sup>, tarefa que abarca a definição dos atos consentâneos ou contrário à boa-fé, bem como as consequências de eventual violação.

---

<sup>77</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 1ª edição. São Paulo, Marcial Pons, 2015 p. 264

<sup>78</sup> Sobre a técnica das cláusulas gerais assevera Judith Martins- Costa : “Considerada do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz, de modo a conferir-lhe mandato( ou competência para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o envio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual reiterados no tempo os fundamentos das decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**. 1ª edição. São Paulo: RT, 1999. p.330. Nessa linha, averba Ruy Rosado de Aguiar: “Tenho para mim que cláusula geral é a norma que deixa em aberto a descrição da conduta devida. Assim acontece, por exemplo, com o tipo penal aberto do art. 121, par. 3º, do Código Penal: causar a morte de alguém por culpa. Sabendo-se que a culpa consiste no descuido, na violação a um dever de cuidado, a norma positivada não descreve que cuidado deveria ser observado na situação concreta. A lei remete ao juiz a elaboração da norma de dever para o caso, e do confronto dessa norma - que é judicial, criada concretamente para aquela hipótese - com a conduta efetivamente adotada pelo agente é que se saberá se o comportamento foi lícito ou ilícito” AGUIAR, Ruy Rosado. **O poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais**. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/470> Acesso em 02.02.2016

<sup>79</sup> A distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais é bem apresentada por Judith Martins Costa: “ A efetiva distinção não está na linguagem, mas na estrutura normativa. Os chamados conceitos jurídicos indeterminados podem estar presentes em estruturas normativas completas, em que há hipótese legal (ainda que formulada de modo semanticamente vago) e consequência pré-determinada. Diferentemente, nas cláusulas gerais em sentido próprio, a estrutura deverá ser completada pelo intérprete, pela adição da consequência devida” MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.143.

A técnica da cláusula geral tem o propósito de permitir a criação, complementação pelo juiz da disposição normativa aberta, vaga, elástica, valorando as circunstâncias fáticas do caso concreto.

Como o processo mental de concreção necessita de dados externos (circunstâncias do caso concreto), há um espaço maior de inteligência do juiz, sendo o raciocínio mais complexo que um mero silogismo. Não se trata, como bem acentua Judith Martins-Costa, de caso de discricionariedade judicial, pois as cláusulas gerais remetem a valorações objetivamente válidas na ambiência social<sup>80</sup>.

Tal técnica permite o perfeito ajuste da realidade à intenção do legislador, em face da impossibilidade prática de se prever todos os tipos de comportamentos desleais, em virtude da complexidade das relações sociais e da imensa criatividade humana na realização de atos desleais.

Por meio de uma cláusula geral, há a positivação de um princípio, o da boa-fé, havendo a superposição entre cláusula geral e o princípio no mesmo dispositivo legal<sup>81</sup> do mesmo modo que no direito civil há a previsão do princípio da boa-fé contratual extraído da cláusula geral do art. 422 do Código Civil.

Além da cláusula geral da boa-fé prevista no art. 5º do CPC, há a previsão de deveres de boa-fé nos arts. 77 a 88 do CPC, com base na valoração já realizada pelo legislador.

---

<sup>80</sup> “A cláusula geral da boa-fé é também usada como um meio de colmatar as lacunas existentes em regras processuais. Este caso pode ser difícil de definir especificamente, mas o raciocínio básico é o seguinte: um ato ou uma conduta processual não pode ser especificamente previsto e explicitamente definido como abusivo pelo direito; todavia, é entendido como abusivo porque é injustamente nocivo, ou implica abuso de poder, ou é leviano e dilatatório, ou é dirigido a propósitos ilegais ou inadequados etc. Na falta de uma regra específica prevenindo ou punindo tal ato ou conduta, uma referência à cláusula geral de boa-fé pode ser o único meio de precisar que um padrão de lealdade foi violado, i.e., de identificar uma violação justificadora de uma sanção (ver, por exemplo, Taniguchi com referência ao Japão pós-guerra).” TARUFFO, Michele. Abuso dos direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**. V 34, n 177. São Paulo: RT, 2009 p 153-183.

<sup>81</sup> Judith Martins-Costa tece as seguintes considerações acerca dos dispositivos que consagram concomitantemente um princípio, um *standard* de conduta, e cláusula geral: “Quando uma cláusula geral, promove o reenvio a um valor, haverá superposição entre a cláusula geral e o princípio jurídico. É exatamente o caso do art. 422 do Código Civil, que expressa, concomitantemente, um princípio, um *standard* comportamental e uma cláusula geral: trata-se de um princípio porque os contraentes deverão adotar um comportamento *probo* (segundo *standard* comportamental de proibidade), porque este comportamento é necessário à promoção de um tráfico jurídico adequado, fundado na seriedade das declarações, expectativas dos contraentes. Os contraentes são, portanto, direcionados a uma ação valiosa (leal, *proba*, útil, correspondente à legítima confiança investida) em vista do adimplemento satisfativo, fim que polariza toda e qualquer relação contratual. **A boa fé no Direito privado: Critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 151.

Embora muitos autores identifiquem o fundamento constitucional do princípio da boa-fé objetiva como decorrência da solidariedade<sup>82</sup>, do devido processo legal<sup>83</sup>, parece mais adequado considerar que a boa-fé processual tem a sua origem no princípio constitucional do contraditório, na linha de pensamento adotada por Antonio do Passo Cabral<sup>84</sup>.

Para o referido doutrinador, a boa-fé é garantia derivada do princípio constitucional do contraditório, pois o “*exercício do poder de influência entre os sujeitos do processo deve ser realizado num ambiente ético para evitar que as interferências comunicativas possam gerar ruídos e incompreensões quando a troca é desregrada ou assimétrica*”<sup>85</sup>.

A boa-fé em questão não é a subjetiva, que exige a prova do elemento anímico-ignorância escusável da conduta contrária ao Direito-, porquanto se revela esta insuficiente à garantia de um processo leal, em virtude das dificuldades práticas de comprovação do componente subjetivo. Nessa linha, inexistente um princípio da boa-fé subjetiva, pois esta é apenas elemento necessário para o reconhecimento de determinados efeitos a atos praticados pelas partes<sup>86</sup>.

A concepção de boa-fé do Direito Processual, apresenta certa peculiaridade em relação àquela do Direito Civil, na medida em que nas relações negociais as partes têm interesses

<sup>82</sup> Neste sentido SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p 107. VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.p162-163. Destaque-se que essa última autora também reconhece o princípio do contraditório como fundamento do princípio da boa-fé. Op citada. p. 172.

<sup>83</sup> DIDIER JR, Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual português.Coimbra: Coimbra, 2010. P.86-89. JUNOY, Joan Picó I. **El debido proceso leal**. **Revista peruana de derecho procesal**. Lima: palestra, 2006.RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**.1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.p.181 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O sobreprincípio da boa-fé como decorrente do Estado de Direito**. Revista AJURIS, V 31 n.95, setembro /2004. SANTOS, Leide Maria. **A boa-fé objetiva no processo civil direito brasileiro: teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Dissertação de mestrado. Vitória: UFES. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp087247.pdf>. Acesso em 30.11.2016.

<sup>83</sup> Darci Guimarães Ribeiro assinala: “*A boa-fé processual caracteriza-se, pois, como um sobre princípio do ordenamento jurídico, posto que paira por cima dos demais princípios jurídicos, consequentemente condiciona, determinando no espaço e no tempo a sua interpretação.*” **O sobre princípio da boa-fé como decorrente do Estado de Direito**. Revista AJURIS, V 31 95, setembro /2004.

<sup>84</sup> CABRAL, Antonio do Passo.O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de processo**. São Paulo n 126, ago/2005, p. 77-78.

<sup>85</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade prima facie dos Atos Processuais** 1ª edição. Rio de Janeiro: forense, 2009. p.225.

<sup>86</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 18ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 106.

complementares ou confluentes; ao passo que no processo os interesses são contrapostos, ou seja, o ambiente é tenso, menos amistoso<sup>87</sup>.

No caso do Direito brasileiro, melhor do que transplantar a concepção de boa-fé objetiva do Direito civil, seria considerá-la como derivada do princípio do contraditório, caso em que desnecessária a realização dos ajustes do instituto do direito privado ao direito processual, visto que já formatado para o âmbito do processo. Conquanto pareça incoerente com essa premissa, inevitável será aludir à concepção da boa-fé objetiva no Direito Civil, pois são mais robustos os estudos no âmbito do Direito privado.

Do mesmo modo que no Direito privado, a boa-fé tem tríplice função: a de cânone interpretativo dos atos processuais; de criação de deveres éticos de cooperação (deveres instrumentais), e de restrição de comportamentos contrários à boa-fé<sup>88</sup>.

Como cânone interpretativo dos atos processuais, serve para informar a exegese dos atos postulatórios<sup>89</sup> (art. 322, §2º, do CPC), partindo dos *standards* de conduta vigentes segundo os usos e costumes do local.

É na função restritiva que a boa-fé serve de instrumento de valoração do comportamento das partes para definir se, num caso concreto, houve o abuso no exercício de situações jurídicas processuais<sup>90</sup>, a ensejar a possível presunção desfavorável, sem prejuízo de eventuais sanções pecuniárias, ou restrição de faculdades processuais (proibição de falar nos autos após a prática do atentado). Abrange a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), *supsessio*, *surrectio*, *estoppel*, e os abusos do direito de demandar, de apresentar defesa, recorrer, criar expedientes protelatórios, de obstruir a produção de provas, dentre outras condutas desleais.

<sup>87</sup> SOUZA, Luis Filipe Pires. **A prova por presunção no processo civil**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2013. p.37.

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015 p. 42  
SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2ª ed. Rio de Janeiro: renovar, 2007 p. 86. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p.177

<sup>89</sup> Acerca da exegese dos atos postulatórios, oportuna é a menção ao Enunciado 286 do Fórum Permanente de Processualistas civis cujo teor é o seguinte: “Aplica-se o § 2º do art. 322 à interpretação de todos os atos postulatórios, inclusive da contestação e do recurso.” O enunciado elaborado pelo FPPC amplia a interpretação lógico-sistemática sob a diretriz da boa-fé para abarcar todos os atos postulatórios praticados no processo (contestação, reconvenção, recurso, etc.), e não apenas aquele previsto no § 2º do art. 322 do CPC.

<sup>90</sup> Prefere-se falar em abuso de situações jurídicas processuais, como bem pontua Helena Abdo: “*Sendo assim, na maior parte dos casos, tem-se entendido mais apropriado, em termos de precisão e técnica falar em situações ou posições jurídicas processuais. Até porque o conceito de direito subjetivo mostra-se, como visto, incapaz de traduzir o conteúdo das situações jurídicas processuais, sobretudo as passivas (ônus, deveres e sujeição).*” ABDO, Helena. **O abuso do processo**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 73.

Neste ponto, é importante distinguir o abuso do direito do princípio da boa-fé.

Como bem explica Anderson Schreiber, a boa-fé é, ao mesmo tempo, mais ampla e restrita que o abuso de direito, dependendo da ótica a ser adotada.

Seria a boa-fé mais ampla, por não apenas impedir o exercício do direito que lhe seja contrário, mas também por impor comportamentos, servir de vetor interpretativo nas relações negociais,<sup>91</sup> e também no processo.

O abuso de direito, por sua vez, não se esgota na prática de ato contrário à boa-fé, pois abrange os atos contrários aos bons costumes, ao fim social ou econômico do direito.

Na função de criação de deveres instrumentais, surgem os deveres de cooperação ou de colaboração na rápida e justa solução do litígio dos sujeitos processuais, que serão tratados no item 1.3.2, referente ao princípio da cooperação<sup>92</sup>. Destarte, o princípio da cooperação deriva do princípio da boa-fé, e ambos possuem fundamento constitucional no princípio do contraditório.

#### 1.3.1.1 Deveres processuais advindos do princípio da boa-fé

Segundo o doutrinador português Fernando Luso Soares, os deveres processuais das partes advindos da boa-fé dividem-se em gerais e específicos.

Os deveres gerais aplicam-se a todos os que participam do processo, sendo compostos pelos deveres de verdade (veracidade), lealdade, prontidão e utilidade. Os deveres específicos não serão analisados neste tópico.

O dever de veracidade consiste na proibição de alegar fatos inverídicos, alterar a verdade dos fatos.

Na Itália, ante a redação do art. 88 do Código de Processo Civil<sup>93</sup>, que apenas prevê o dever de as partes comportarem-se com lealdade e probidade, prevalece o entendimento em

<sup>91</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 119.

<sup>92</sup> Nessa linha de entendimento, manifesta-se RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico: 2014. p. 177.

<sup>93</sup> Art. 88 “*Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.*”



sede doutrinária<sup>94</sup>, de que inexistente o dever de veracidade. Os principais argumentos são no sentido de que a parte não seria obrigada a alegar fato contra si própria, e que tal exigência violaria o princípio dispositivo, porquanto caberia apenas às partes a iniciativa de apresentar os fatos necessários à defesa de seus interesses em juízo.

Nesta esteira, Guido Calogero<sup>95</sup> entende que os deveres de probidade e lealdade previstos no art. 88 do *Codice di procedura civile* italiano não abarcam o de veracidade. A linha argumentativa do referido doutrinador tem como ponto de partida o princípio dispositivo, valendo-se da distinção entre dolo unilateral e bilateral. A configuração da deslealdade no processo não dependeria da prática do ato de mentir, e sim do modo de deduzir alegações, fatos mendazes: se a conduta contar com a concordância da outra parte (dolo bilateral), não haverá conduta desleal; porém se o ato causar dano à outra parte, haverá deslealdade (dolo unilateral)<sup>96</sup>.

Gian Antonio Micheli destaca a ausência de sanção pela prática de conduta desleal e improba- que não abrange o dever de veracidade-, assinalando apenas a possibilidade de a conduta desleal constituir argumento de prova para formar a convicção do juiz nos termos do art. 116, *comma* 2º, do CPC italiano, o que contribuiria para o êxito do processo da parte contrária.<sup>97</sup>

Em oposição à doutrina majoritária, Eduardo Grasso considera o dever de veracidade incluído no art. 88 do CPC italiano, explicando que o aforisma *nemo tenetur edere contra se*, no processo civil não encontra justificativa no plano moral, e nem amparo em preceitos legais aptos a atenuar a valoração negativa do comportamento desleal.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Michele Taruffo e Federico Carpi afirmam: “Dada a elasticidade e a generalidade da fórmula utilizada pelo legislador, não é possível definir de modo específico o conteúdo do dever de lealdade e probidade, no qual não integra seguramente, a obrigação de dizer a verdade nem o de apresentar documentos que possam ajudar o adversário.” Tradução livre. TARUFFO, Michele et al. **Commentario breve al codice di procedura civile**. Pádua: CEDAM, 2001. p. 88. No mesmo sentido MICHELI, Gian Antonio. **Corso di diritto processuale civile**. Pádua: CEDAM, 1959, p.236. ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale civile. Introduzione e parte generale*. Milão: Giuffrè, 1964. p. 369-370.

<sup>95</sup> CALOGERO, Guido. Probità, lealtà e veridicità nel processo civile. **Rivista di diritto processuale civile**. Padua: CEDAM, 1939. vol. XVI. p.135-136.

<sup>96</sup> CALOGERO, Guido. Op citada. p. 134-136. O curioso é que os casos de dolo bilateral, nos quais as partes em conluio visam a obter vantagem indevida com o processo, são mais graves que os que versam sobre dolo unilateral. Embora coerente com a visão privatista de Guido Calogero, não há como afastar a manifesta violação dos deveres de probidade e lealdade no caso de dolo bilateral.

<sup>97</sup> MICHELI, Gian Antonio. **Corso di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1959, p.236.

<sup>98</sup> GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**. Vol XXI. Pádua: CEDAM, 1966. p. 600.

Entendemos que o princípio dispositivo não tem o condão de autorizar a dedução de fatos inverídicos pelas partes, pois a iniciativa quanto ao objeto do processo e ao aporte de provas diz respeito aos fatos relevantes para a demanda, inexistindo liberdade para mentir<sup>99</sup>. O processo, instrumento público de resolução de controvérsias, deve ser conduzido dentro de um ambiente ético para que possa atingir seu escopo de entregar uma tutela jurisdicional efetiva<sup>100</sup>. Por essa razão, a prática do ato desleal atinge primordialmente o interesse público, além de eventualmente vulnerar a esfera jurídica do outro contendor.

Nesta diretriz, inexistente incompatibilidade entre o dever de veracidade e o princípio dispositivo, visto que o dever de deduzir fatos verdadeiros para amparar pretensão em juízo, ajusta-se aos fins do processo de acerto da verdade dos fatos alegados pelas partes.

De qualquer modo, no processo civil brasileiro, o dever de veracidade encontra-se expresso na redação do art. 77 do CPC, sendo considerada litigância de má-fé - art. 80 do CPC- a alteração intencional da verdade dos fatos, conduta contrária à boa-fé.

No que tange ao privilégio contra a autoincriminação, e a omissão de fatos, indaga-se: o dever de veracidade abarca o de não omitir fatos relevantes contrários aos interesses da parte?

Fernando Luso Soares<sup>101</sup> defende que no direito português, especialmente à luz do preceituado no art. 559 do CPC lusitano, que o litigante tem o dever de dizer a verdade, mesmo que ela resulte contrária a seus interesses. Somente reconhece a existência do privilégio contra a autoincriminação na seara penal.

Contrariamente ao reconhecimento do dever de não omitir, manifesta-se Elio Cresci Sobrinho<sup>102</sup>, sob o fundamento de que o dever de veracidade apenas abrange o de não mentir, porém não encerra o direito de não omitir.

---

<sup>99</sup> Enfrentando a alegação de que o dever de veracidade violaria o princípio dispositivo, Moacyr Amaral dos Santos afirmava, à luz do CPC/1939, que o dever de veracidade não era mero dever moral, tanto é que havia a previsão de rescisão da sentença transitada em julgado fundada na falsidade da prova. SANTOS, Moacyr Amaral dos. Limites às atividades das partes no processo civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. n. 175. p. 37-38.

<sup>100</sup> Kate Grossman destaca que o princípio dispositivo não confere liberdade absoluta, mas apenas dentro dos limites exigidos pelos fins do processo. O dever de veracidade das partes litigantes no processo civil. **Revista Forense**. Fascículo 501. Vol. CI. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p.477- 483.

<sup>101</sup> SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. 1ª edição. Coimbra: Almedina, 1987. p.169.

<sup>102</sup> SOBRINHO, Elisio Cresci. **Dever de veracidade das partes no processo civil**. Porto Alegre: SAF, 1988. p. 85.

Entendemos, contudo, que o dever de veracidade abrange o de não omitir fatos relevantes para o processo- dever de completude-<sup>103</sup>, porquanto há nítida alteração da verdade pela omissão de fatos que possam favorecer a parte contrária. Se o quadro fático apresentado ao juiz não está completo, representando um recorte imperfeito da realidade, existe o risco de sobrevir decisão injusta fundada num incorreto acerto dos fatos.

Frise-se, que não se está a exigir que todos os fatos sejam alegados, mas somente aqueles relevantes ao julgamento da demanda, cuja ausência impede a busca da verdade no processo, tornando a narrativa exposta pela parte mendaz. Quem opta por ajuizar demanda, deve colocar as cartas na mesa<sup>104</sup>, esclarecendo todos os fatos relevantes para o processo. O réu, ao se defender ou contra-atacar, também não pode intencionalmente omitir fatos importantes para o esclarecimento do litígio.

Quanto ao privilégio contra a autoincriminação, este não teria o mesmo alcance do processo penal, conforme será abordado de forma detida no item 2.

Araken de Assis entende que o dever de veracidade não é baseado na boa-fé objetiva porque a “lei não reprova a parte que acredita no que afirma”<sup>105</sup>. De fato, há a necessidade de aferir o componente subjetivo- intenção de alterar a verdade-, vez que a parte expôs os fatos (na exordial, contestação) que reputava verídicos, e se ao final da fase instrutória o acervo probatório demonstra o contrário, não poderá responder pela litigância de má-fé.

O dever de lealdade corresponde à atuação conforme as regras da boa-fé, para que o processo atinja o seu fim: a efetiva solução do litígio.

Não se desconhece que o objetivo maior das partes é ter êxito na demanda; porém, tal circunstância não é óbice ao reconhecimento da lealdade e probidade processual, na medida

<sup>103</sup> Neste sentido, manifesta-se MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade da parte por dano processual no Direito brasileiro in **Temas de Direito processual**. 1ª série .1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 17. BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 47 São Paulo: RT, 1987. p. 92-99. Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. **Revista jurídica**. Sapucaia do Sul, ano 56, n 366, abril/2008. p. 88. MILMAN, Fabio. **Improbidade processual. Comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 89.

<sup>104</sup> Partindo da premissa que no ambiente dialógico do processo as trocas devem ser simétricas, defende Antonio Cabral a existência do dever de completude das partes: “Em suma, a influência regrada pelo procedimento institucionalizado deve evitar a assimetria de poder, que se reflete na sonegação de informações, prejudicando a avaliação dos demais para a sua tomada de conduta. As informações relevantes no processo devem ser acessíveis simultaneamente por todos, num formato aproximado de “banco de dados” comum. CABRAL, Antonio. **Nulidades no processo moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade prima facie dos Atos Processuais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 225- 226.

<sup>105</sup> ASSIS, Araken. O dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista jurídica**. v 391. Porto Alegre: Revista jurídica, 2010. p. 11-25; BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 47. São Paulo: RT, 1987. p. 92-99.

em que a vitória deve ser obtida dentro das regras do jogo justo. Esse dever de lealdade processual impede que vença quem se valeu de astuta manobra desleal no processo, prestigiando o contendor que efetivamente tem razão no plano do direito material.

Quanto aos deveres de prontidão e utilidade, ambos se encontram ligados à exigência de condutas leais para assegurar a duração razoável do processo<sup>106</sup>. Em verdade, entendemos que os referidos deveres melhor se enquadram no princípio da cooperação, conforme será abordado no próximo item 1.3.2.

O primeiro preconiza que as partes devem apresentar desde logo todas as alegações e as provas disponíveis<sup>107</sup>.

Por meio do segundo dever, obsta-se a prática de expedientes protelatórios<sup>108</sup>.

### 1.3.2 Do Princípio da cooperação

Assim como o princípio da boa-fé, a cooperação também possui fundamento constitucional no princípio do contraditório<sup>109</sup>, consistindo na exigência de que as situações jurídicas processuais sejam exercidas com o escopo de criar uma “comunidade de trabalho” no processo<sup>110</sup>. Em verdade, o princípio da cooperação decorre da boa-fé, cujo lastro constitucional repousa no princípio do contraditório.

---

<sup>106</sup> SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. 1ª edição. Coimbra: Almedina, 1987. p. 169-170.

<sup>107</sup> *Loc cit.*

<sup>108</sup> *Loc cit.*

<sup>109</sup> Nessa linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entende que a base constitucional do princípio da colaboração é o direito de participação, o contraditório, conforme o excerto a seguir transcrito : “ Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé, e lealdade. **O formalismo na perspectiva dos direitos fundamentais.** Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 04/12/2016.

<sup>110</sup> Fredie Didier Jr afirma que o princípio da cooperação, torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo cooperativo. DIDIER JR, Fredie. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**.Coord CABRAL, Antonio do Passo et al. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

O processo cooperativo, por sua vez, é aquele formado por uma comunidade de trabalho<sup>111</sup> entre o juiz e as partes para obtenção de um provimento jurisdicional justo mediante a prática de atos de colaboração. Trata-se de um “critério organizativo da força operante no processo”<sup>112</sup>, que lhe confere unidade, a partir da conjugação de esforços das partes e do juiz para a prestação jurisdicional adequada<sup>113</sup>.

Há, portanto, a imputação de deveres aos sujeitos processuais como decorrência da cooperação<sup>114</sup> para a condução do processo.

Eduardo Grasso assevera que o juiz num regime de colaboração se coloca ao nível das partes: a tradicional configuração triangular é substituída por uma perspectiva de posições paralelas<sup>115</sup>. Daí a simetria no diálogo entre juiz e partes no processo cooperativo, e assimetria apenas no momento de proferir a decisão<sup>116</sup>, ato de poder que lhe é exclusivo.<sup>117</sup>

Tradicionalmente, a doutrina pátria<sup>118</sup>, perfilhando o entendimento esposado pelos doutrinadores portugueses, especialmente Miguel Tavares de Sousa<sup>119</sup>, afirma que a cooperação gera para o Juiz quatro deveres:

<sup>111</sup> A origem desta expressão comunidade de trabalho se deve aos juristas alemães Schwab e Leo Rosenberg, tendo sido reproduzida por outros doutrinadores ao tratar da cooperação, conforme esclarece Reinhard Greger ( tradução de Ronaldo Kochem) : “ Em seu grande manual de Direito Processual Civil, refere Schwab – em continuação à elaboração de Rosenberg – 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).” Em outro trecho assinala: Essa tarefa necessita de uma interação entre os envolvidos, como se expressa no conceito de comunidade de trabalho de Rosenberg e Schwab. Também requer particularmente uma condução processual do juiz orientada ao seu objetivo, que não pode ser autoritária, mas sim cooperativa, tendo em conta certo controle das partes (Parteiherrschaft) sobre o processo civil. ”GREGER, Reinhard. Colaboração como princípio processual. Título original: Kooperation als prozessmaxime. Tradução Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**. vol. 206. São Paulo: RT, 2012. p. 123.

<sup>112</sup> Expressão utilizada por GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**. vol XXI. Pádua: CEDAM, 1966. p. 580-609.

<sup>113</sup> *Loc cit*

<sup>114</sup> DIDIER, Fredie. **Comentários ao Novo Código de processo civil**. Coord. CABRAL, Antonio do Passo et al. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p 19

<sup>115</sup> GRASSO, Eduardo. Op citada p.609.

<sup>116</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 26-27.

<sup>117</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p 27.

<sup>118</sup> DIDIER JR, Fredie e MITIDIERO, Daniel fazem alusão às lições de Sousa, Miguel Tavares. SOUZA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149--- 158, abr./jun. 1997.

<sup>119</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista dos Tribunais**, v 93 n 338. São Paulo: RT, 1997. p 149-158 O referido autor português é a principal referencia doutrinária no tema

a) o dever de esclarecimento, segundo o qual deve esclarecer junto às partes as dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada;

b) dever de prevenção consistente na advertência acerca de eventuais deficiências ou insuficiências das alegações ou pedidos;

c) dever de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer de matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem; e

d) 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<sup>120</sup>.

Como se vê, os três primeiros deveres relacionam-se com o diálogo exigido no contraditório participativo, evitando o prejuízo processual decorrente de um *déficit* de informação: a parte não poderia ser surpreendida com a extinção do processo, quando possível a correção do vício processual, e nem sujeita a decisões desfavoráveis, sempre que possa simplesmente esclarecer pontos relevantes da demanda, ou manifestar-se acerca de questões sobre as quais se fundará o julgamento.

O quarto dever, o de auxílio, consiste em assistir as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos, faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais, concretizando, além da cooperação, o princípio da igualdade no processo (garantia da paridade de armas)<sup>121</sup>.

Se o auxílio for prestado pelo juiz para modificar a distribuição do ônus da prova, por exemplo, tal atuar estaria a assegurar também o princípio da ampla defesa, vez que ausente o direito de a parte se defender provando<sup>122</sup> por falta de condições de produzir a prova necessária à comprovação de suas alegações. Destarte, sempre que o juiz atua para remover óbices à produção de prova, estaria a concretizar o princípio da ampla defesa.

---

da cooperação como bem salienta Fredie Didier Jr: “Miguel Tavares de Sousa cuidou do princípio da cooperação em obra sistemática. As suas lições repercutiram em toda doutrina portuguesa. Pode ser considerada, talvez a principal e mais influente contribuição doutrinária lusitana sobre o assunto. DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito processual português**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 12.

<sup>120</sup> SOUZA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./jun. 1997.

<sup>121</sup> A possibilidade de dinamização do ônus da prova insere-se na órbita dos deveres assistenciais derivados do princípio do contraditório, conforme será visto no capítulo 2.

<sup>122</sup> Em nosso entender, o direito de se defender provando integraria o princípio da ampla defesa, e não propriamente o princípio do contraditório.

Em outros casos de cumprimento do dever de auxílio, como flexibilização procedimental com o propósito de conferir prazos maiores a uma das partes para apresentar alegações, estar-se-á no campo do princípio da cooperação, como fortalecimento do contraditório participativo, e do princípio da igualdade (iguais oportunidades de exercício do poder de influência no processo)<sup>123</sup>.

Ao comentar os deveres emergentes da cooperação, Fredie Didier Jr faz também alusão à vedação do comportamento contraditório do juiz (*venire contra factum proprium*) no processo<sup>124</sup> que viole as legítimas expectativas das partes. Neste particular, ressaltamos que não haverá conduta contraditória quando modificadas as circunstâncias fáticas<sup>125</sup> (cláusula *rebus sic stantibus*) da conduta que sinalizou a manutenção do padrão comportamental, visto que ausente a base da confiança em face da mudança do quadro fático. Em segundo lugar, pode ser incluído como dever do juiz o de fomento à composição amigável pelas partes (conciliação, mediação), abstendo-se de impor óbices ilegítimos à homologação dos negócios jurídicos processuais.

Ressalte-se, contudo, que, no processo cooperativo, o Juiz tem o dever de controlar as convenções processuais<sup>126</sup> quando há a violação de norma legal, vulneração do núcleo mínimo das garantias integrantes do processo justo, ausência de igualdade entre as partes, dentre outros limites.

Quanto aos deveres de cooperação das partes, o CPC preceitua que estas devem cooperar entre si e com o juiz para a prolação de decisão justa, conforme expressamente previsto no art. 6º do CPC.

---

<sup>123</sup> DIDIER JR, Fredie. Comentários ao Código de Processo Civil. Coord CABRAL, Antonio do Passo et al. São Paulo: RT, 2015. p. 23. SILVA, Paula Costa e. **Actos e processo- o dogma da irrelevância da vontade na interpretação dos vícios do actos postulativos**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 410-417.

<sup>124</sup> No entender de Fredie Didier Jr o princípio da cooperação impõe uma série de deveres para a promoção de uma comunidade processual de trabalho. Assinala: “*Se não há regras expressas que, por exemplo imputem 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, o princípio da cooperação garantirá a imputação deste dever ao magistrado.*” **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores CABRAL, Antonio do Passo et al. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>125</sup> A este respeito, Osvaldo Gozaini afirma que devem subsistir as mesmas circunstâncias do momento da prática do ato próprio (conduta vinculante). GOZAINI, Osvaldo. **La conducta en el proceso**. 1ª edição. La plata: ed. Platense, 1988. p. 196.

<sup>126</sup> Sobre os limites gerais e específicos a balizar as convenções processuais vide CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.315-240.

Daniel Mitidiero <sup>127</sup> entende que as partes não têm o dever de cooperar entre si, porquanto detentoras de interesses antagônicos. O interesse em vencer, obter êxito na demanda, impediria o reconhecimento do dever de colaboração entre as partes.

Todavia, tal concepção contraria a visão do processo como ambiente de debate ético, violando o preceituado no art. 6º do CPC.

O fato de as partes defenderem interesses contrapostos não afasta o dever de lealdade, de veracidade, devendo servir os padrões objetivos de conduta ditados pelo princípio da boa-fé e cooperação para a aferição dos limites das estratégias processuais dos advogados. Não se trata, obviamente de adotar a concepção irreal e romântica de exigir que um litigante abra mão de sua defesa, para ajudar o adversário, argumento constantemente invocado para afastar o dever de cooperação entre as partes<sup>128</sup>.

O que se busca é o *fair play*, o jogo justo no processo, a elaboração de estratégias processuais dentro das regras éticas<sup>129</sup>, para que vença o litigante que efetivamente tem razão, e não o mais astuto, aquele que se vale de armadilhas processuais. Neste ponto, remissão pode ser feita ao item referente ao dever de lealdade emergente do princípio da boa-fé objetiva.

<sup>127</sup> Este é o entendimento de MIDITIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos** 2ª edição. São Paulo: RT, 2011.

<sup>128</sup> Lênio Streck não considerava a cooperação um princípio, alegando sua incompatibilidade com a Constituição da República, pois o processo seria realmente um embate, um jogo entre as partes: “*É um modelo que não deve ser pensado à distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro embate (luta, confronto, enfrentamento), razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim deve ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial. Não é crível (nem constitucional), enfim, atribuir aos contraditórios o dever de colaborarem entre si a fim de perseguirem uma “verdade superior”, mesmo que contrária aquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los da sua necessária liberdade para litigar, transformando-os, eles mesmos e seus advogados, em meros instrumentos a serviço do juiz na busca da tão almejada “justiça”. Inexiste um tal espírito filantrópico que enlace as partes no âmbito processual, pois o que cada uma delas ambiciona é resolver a questão da melhor forma possível, desde que isso signifique favorecimento em prejuízo do adversário. Aliás, quando contrato um advogado, é para que ele lute por mim, por minha causa. Não quero que ele abra mão de nada.*” STRECK, Lenio. **A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição**. Consultor jurídico 23 de dezembro de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em . 01/12/2015 . O princípio da cooperação, contudo, é plenamente compatível com a Constituição da República que consagra a garantia do contraditório nos processos judiciais ( art. 5º LV) e prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária( art. 3º) .A visão adotada por Streck de que o processo é um jogo no qual cada parte pode valer-se de todos os meios legais ao seu alcance para atingir um fim parcial revela-se incompatível com as garantias processuais constitucionais.

<sup>129</sup> José Lebre de Freitas justifica a necessidade de reforma do CPC português, que seria o menos garantista em toda a Europa: “É que sobretudo, o Código de Processo Civil de 1939-1961 era, em toda a Europa o menos garantístico e o mais desconforme com os princípios gerais, designadamente os da dignidade constitucional; entretanto, reafirmados e desenvolvidos pela ciência processual. Eram o jogo e a habilidade do jogador que, mais do que a razão do titular do direito, impunham o resultado do processo, via armadilha para quem tivesse a infelicidade de ter um descuido ou de não se aperceber do alcance duma alegação do adversário.” FREITAS, José Lebre de. “O papel dos princípios gerais na revisão do Processo Civil”. **Comentários ao CPC**. Lisboa: Quid jûris, 1996. p. 5.



Destarte, o que se objetiva coibir é a utilização de expedientes ilícitos, desleais para obter o êxito na demanda, reforçando que as regras do jogo justo devem ser levadas a sério no processo.

Os deveres de colaboração das partes no âmbito do direito privado podem ser transplantados para o processo, dividindo-se em deveres de esclarecimento, lealdade e proteção<sup>130</sup>.

O dever de esclarecimento, ou de informação exige que as partes prestem mutuamente informações sobre os aspectos do processo, da pretensão deduzida em juízo<sup>131</sup>, especialmente os dados ignorados e relevantes que a outra parte não tenha condições de obter<sup>132</sup>.

Por sua vez, o dever de lealdade consiste em obrigar as partes a absterem-se de criar expedientes que tumultuem o regular desenvolvimento do processo, ou prejudiquem o adversário, provocando desequilíbrio<sup>133</sup>.

Por fim, o dever de prevenção, ou de proteção<sup>134</sup> impede que sobrevenham prejuízos mútuos aos contendores.

Registre-se que em muitas situações, não obstante a situação de conflito, é possível buscar uma solução consensual para a distribuição do encargo probatório, escolha de perito, elaboração de calendário processual, flexibilização procedimental, saneamento compartilhado, ou seja, para atender a alguns interesses comuns, tais como redução de gastos com o processo, celeridade e instrução probatória apta a permitir a prolação de uma sentença mais rente à realidade dos fatos.

---

<sup>130</sup> DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no processo civil português**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 100. No âmbito do direito civil confira-se MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 511-566. CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. 1ª ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina p 603-631.

<sup>131</sup> DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no processo civil português**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2010. p.100. CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 1ª ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina. p. 615.

<sup>132</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 546.

<sup>133</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 1ª ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina p. 616.

<sup>134</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 546.

Em suma, conceber as partes do processo como adversárias em todos os aspectos desconsidera a existência de possíveis espaços de consenso no tocante às finalidades processuais<sup>135</sup>.

Num ambiente processual cooperativo, com lealdade, previsibilidade, é mais fácil realizar acordos mediante a aferição da relação custo/benefício do prosseguimento do litígio, visto ser possível realizar o prognóstico do custo final do processo.

Advertir-se, contudo, que não se trata de um dever de cooperação imposto às partes, e sim de direito de participação no “modo de ser” do processo para a implementação de um processo cooperativo, caracterizado pela gestão compartilhada.

Não é irreal se vislumbrar a partir da aplicação dos princípios da boa-fé e da cooperação uma visão positiva do conflito judicializado para o incremento das relações sociais<sup>136</sup>. O diálogo transparente, dentro do processo cooperativo, viabilizaria uma tramitação processual, mais tranquila, reduzindo a litigância às questões de direito material, porquanto são afastadas as brigas desnecessárias, que somente tumultuam a marcha do processo.<sup>137</sup>

Quanto à distinção entre os princípios da boa-fé e cooperação, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Tatiana Machado Alves<sup>138</sup> citam o texto “The case of cooperation” do grupo de trabalho formado por juristas norte-americanos a Sedona Conference, que destrinchou, nas Federal Rules of Civil Procedure, e nas regras de conduta profissional de advogados, os benefícios da cooperação para o processo como um todo. O texto partiria de uma distinção de dois níveis de cooperação: o primeiro corresponderia à boa fé objetiva, por se referir aos deveres de agir com lealdade e boa-fé; e o segundo nível consistiria numa

<sup>135</sup> Antonio do Passo Cabral destaca a existência de espaços de consenso no processo, quanto às finalidades processuais: “E a colaboração cria um círculo vicioso da cooperação espontânea que favorece interações negociadas como aquelas das convenções processuais. Mesmo havendo discordância a respeito dos direitos materiais, há lugar para o consenso em torno de finalidades processuais.” CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 192.

<sup>136</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETTO, Theobaldo. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (Novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais, in **Revista de Processo**, vol.39. n. 230, abr/2014. p.13-39

<sup>137</sup> PINHO, Humberto Dalla, ALVES, Tatiana Machado “A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação.” Revista eletrônica de Direito processual civil v15 n 15. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16872/12518>. Acesso em 15/03/2016.

<sup>138</sup> PINHO, Humberto Dalla, ALVES, Tatiana Machado. “A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação.” **Revista Eletrônica de Direito processual Civil** v15 n 15. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16872/12518> Acesso em 15/03/2016.

cooperação mais reforçada, com atuação proativa para discutir as questões relevantes do processo<sup>139</sup>.

Poderia ser tal distinção ser aplicada ao processo civil brasileiro? O princípio da cooperação seria um *plus*, em relação à boa-fé, exigindo a conduta proativa das partes na discussão das questões relevantes da demanda?

A distinção é importante, na medida em que realça o fomento de condutas cooperativas para a discussão das principais questões do processo como decorrência do princípio da cooperação.

Segundo este norte, a nosso ver, os deveres de veracidade, completude, lealdade, derivados da aplicação da cláusula geral do art. 5º do CPC, decorrem do princípio da boa-fé, ao passo que o princípio da cooperação fomentaria a implementação de instrumentos de cooperação, tais como negócios jurídicos processuais, calendarização do processo, e abarcaria os deveres instrumentais advindos da boa-fé para a implementação de uma comunidade de trabalho no processo. Nesse norte, concluímos que os deveres de prontidão e utilidade, abordados no item 1.3.1, como emergentes do princípio da boa-fé, melhor se amoldam ao princípio da cooperação, uma vez que exigem a adoção de condutas aptas a assegurar a duração razoável do processo. No entanto, não é possível efetuar uma cisão precisa entre os dois princípios, pois é inevitável o reconhecimento de uma área de confluência, já que o princípio da cooperação, segundo nosso entendimento, se origina do princípio da boa-fé.

#### 1.4 Do abuso no exercício de situações jurídicas processuais

O desenvolvimento da teoria do abuso do direito teve início no âmbito das relações de direito privado, e seus conceitos têm sido aplicados ao processo com algumas adaptações.

A expressão abuso do direito, segundo Antonio Menezes Cordeiro<sup>140</sup> foi cunhada pelo belga Laurent para designar uma série de situações jurídicas ocorridas na França em que, não obstante reconhecido no mérito o direito do réu, o Tribunal veio a condená-lo em virtude de irregularidades no exercício do direito de defesa.

---

<sup>139</sup> *Loc. cit*

<sup>140</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no Direito civil**. 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2013. p 670-671.

O abuso do direito constitui o exercício de um direito subjetivo de maneira anormal, com desvio de finalidade. Diversamente do ato ilícito, o abuso do direito possui uma aparência de legalidade que o ato ilícito não possui.

A concepção de que um direito subjetivo pode ser exercido de forma abusiva nasceu a partir dos estudos de Louis Josserand<sup>141</sup>, com base na premissa de que os direitos subjetivos não eram absolutos, visto que deveriam ser exercidos dentro de certos limites, ou seja, em conformidade com os fins sociais (espírito dos direitos).

Helena Abdo<sup>142</sup> promove a sistematização das teorias que enunciam os critérios para o reconhecimento do abuso do direito, explicando que aquelas comungam de um mesmo entendimento acerca dos requisitos da aparência de legalidade, dano, preexistência de um direito subjetivo que é exercido de forma irregular, destacando que o abuso é no meio de exercício e não no direito em si. A diferença entre as teorias do abuso do direito reside unicamente na necessidade da presença do requisito subjetivo para a configuração do referido abuso.

Segundo a teoria subjetivista, era necessária no abuso do direito a demonstração do elemento subjetivo, consistente na intenção de prejudicar.

Dentro desta corrente de entendimento, havia doutrinadores como George Ripert que exigiam, além do elemento subjetivo, a presença do proveito ou vantagem com a prática do ato abusivo.

Em seguida, há a corrente objetivista ou finalista que dispensa o elemento subjetivo para o reconhecimento do abuso do direito, propondo em seu lugar diversos critérios objetivos tais como desatendimento à destinação econômica ou social do direito; exercício irregular do direito, ausência de utilidade para configuração do desvio de finalidade no exercício do direito subjetivo<sup>143</sup>. Por último, há a teoria mista, cujo principal expoente é Louis Josserand, que exige como pressupostos do ato abusivo o elemento subjetivo (motivo legítimo) e elemento objetivo<sup>144</sup>(desvio de finalidade)

---

<sup>141</sup> JOSSERAND, Louis. **L'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits.** 2ª edição. Paris: libraire Salloz, 1939. p. 1; 414-415.

<sup>142</sup> ABDO, Helena. **Abuso do direito.** São Paulo: RT, 2007.p. 37-46.

<sup>143</sup> ABDO, Helena. Op citada p 39-40.

<sup>144</sup> JOSSERAND, Louis. **L'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits.** 2ª edição. Paris: libraire Salloz, 1939. p. 1 e p 414-415.

O Código Civil filiou-se à corrente objetiva do abuso do direito ao prescrever no art. 187 que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Contrária ao enquadramento do art. 187 do CC como abuso do direito, Judith Martins-Costa, com base no escólio de Menezes Cordeiro, alega que o dispositivo legal consagrou apenas o exercício inadmissível de posição jurídica<sup>145</sup>. Sustenta ser a principal diferença entre o abuso do direito e o exercício inadmissível de posição processual, a circunstância deste último dispensar o elemento subjetivo culpa, pois a desconformidade do modo de exercício do direito com certos valores e finalidades reputadas como relevantes no ordenamento jurídico.

É possível transplantar a teoria do abuso do direito do campo privado para o processo civil mediante a realização de alguns ajustes: no processo, os sujeitos do abuso são os integrantes da relação jurídica processual; o objeto são as situações jurídicas processuais<sup>146</sup> contrárias às finalidades do processo; e o dano não precisa ser economicamente aferível.

Michele Taruffo considera que somente pode haver abuso do direito no exercício de situações jurídicas processuais ativas<sup>147</sup> (direitos, poderes e faculdades), porquanto quem não é titular de situação jurídica processual subjetiva ativa comete outros ilícitos que não o abuso do direito. Há a necessidade da presença de um atuar com certa margem de liberdade para a configuração do abuso do direito<sup>148</sup>

<sup>145</sup> A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. **Revista forense** vol 376. Nov./dez 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 109-129.

<sup>146</sup> ABDO, Helena. **O abuso do processo**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 99. CARRADITA, André Luís Santoro. **Abuso de situações jurídicas processuais**. Dissertação de mestrado. Orientador Antonio Carlos Marcato. São Paulo: USP, 2013.

<sup>147</sup> *“Emerge, dunque, all’interno dell a generalíssima categoria dei comportamenti illeciti, una distinzione di ordine soggettiva: solo chi è titolare di una situazione soggettiva attiva può abusarne, mentre chi non si trova in questa posizione commette illeciti di diversa natura, non riconducibili al concetto di abuso”* *Elementi per una definizione del abuso del processo*. ” Apresenta em seguida o seguinte exemplo: se Tício tem o direito, o poder ou a faculdade de praticar um ato do processo, pode servir-se de modo incorreto ou impróprio e, portanto, cometer o abuso. Se, ao revés, Tício não tem o direito de praticar determinado ato, e, todavia, o pratica, não se pode dizer que cometeu abuso: se dirá, mais propriamente, que ele não é legitimado a praticar aquele ato e, desse modo, o ato é nulo, inválido inadmissível. Tradução nossa. TARUFFO, Michele. *Elementi per una definizione di abuso del processo*. In **Abuso del processo**. vol. III Pádua: cedam, 1997. p.439-440.

<sup>148</sup> TARUFFO, Michele *Elementi per una definizione di abuso del processo*. In **Abuso del processo**. Pádua: Cedam, 1997.vol III. p.439-440.

Helena Abdo discorda deste entendimento, defendendo que as situações jurídicas ativas e passivas podem ser objeto de abuso de direito.

Andre Luis Carradita afirma que aparentemente o dissenso doutrinário se deve ao fato de a parte poder exercer ao mesmo tempo situações jurídicas ativas e passivas<sup>149</sup>. Ressalta, contudo, que não poderia existir abuso no exercício de situação jurídica exclusivamente passiva, visto que faltaria a aparência de legalidade.

Conclui afirmando que a situação jurídica passiva deve necessariamente estar acompanhada da situação ativa, caso contrário não poderá haver a configuração do abuso em seu exercício.

De fato, não há como vislumbrar abuso no exercício de situações jurídicas processuais exclusivamente passivas, tais como ônus, deveres, sujeição, caso em que o ordenamento jurídico já prevê as consequências aplicáveis. Se há o descumprimento de um dever, não haveria abuso do direito, mas sim um ilícito, gerando uma sanção. Quanto ao ônus processual, as consequências advindas da falta de seu cumprimento- risco de arcar com desvantagem processual- já estão previstas, e dificilmente se consegue imaginar o exercício abusivo de um ônus, se não estiver acompanhado de um direito (direito de defesa, por exemplo). Quanto à sujeição, inconcebível vislumbrar qualquer tipo de abuso de quem sofre os efeitos da conduta alheia, na medida em que não detém qualquer iniciativa quanto ao exercício da referida situação jurídica. Em verdade, somente situações jurídicas ativas podem ser objeto de abuso<sup>150</sup>.

Relativamente ao objeto de abuso, distinção é feita por Michele Taruffo<sup>151</sup> entre desvio de finalidade do processo globalmente considerado, e do singular instrumento processual. A primeira categoria abarcaria poucas hipóteses e constituiria o direito de

---

<sup>149</sup> CARRADITA, André Luís Santoro. **Abuso de situações jurídicas processuais**. Dissertação de mestrado. Orientador Antonio Carlos Marcato. São Paulo: USP, 2013. p. 131-132.

<sup>150</sup> Não desconhecemos o entendimento de que o ônus seria ao mesmo tempo situação jurídica passiva e ativa, conforme averba Heitor Vítor Mendonça Sica: “Acabamos por expressar alguma simpatia pela teoria defendida por muitos processualistas italianos (não porque seja tecnicamente correta, a nosso ver, mas porque ilustra bem a questão), de que o ônus seria, ao mesmo tempo, uma posição jurídica ativa e passiva : ativa por nele estar implícito o exercício de um direito, e passiva, porque a omissão quanto ao exercício desse direito implica desvantagem para o sujeito.” SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102. Sob esta ótica, poderia haver abuso do exercício do direito de defesa implícito no ônus de recorrer, por exemplo. A abordagem do tema, contudo, desborda do escopo da presente dissertação.

<sup>151</sup> TARUFFO, Michele. Elementi per una definizione del abuso del processo. in **Abuso del diritto**, V. 3. Pádua: CEDAM, 1997. p 439-440.

demandar de forma abusiva e de se defender ao passo que a segunda modalidade representa a utilização de um instrumento específicos com desvio de finalidade.

Importante questão consiste em identificar os critérios para o reconhecimento do abuso das situações jurídicas processuais ativas: bastaria a prova da utilização do processo ou dos mecanismos processuais para fins diversos daqueles previstos pelo ordenamento jurídico ou há a necessidade de demonstração de requisitos subjetivos? Por exemplo, o recurso de embargos de declaração, cujo escopo é a correção de um vício da decisão - omissão, contradição, obscuridade, erro material - por vezes é usado na prática para procrastinar a marcha processual.

Os escopos do processo, segundo o pensamento instrumentalista, são utilizados como critério para verificar se houve desvio de finalidade<sup>152</sup> do processo ou do instrumento processual utilizado.

Para Giuseppe di Stefano<sup>153</sup>, o abuso ocorre quando o fim perseguido diverge daquele intrínseco ao instrumento, ou seja, o escopo que se almeja alcançar encontra-se em linha diversa daquele previsto pela lei.

No entanto, o critério objetivo de aferição da abusividade consistente no desvio de finalidade do meio utilizado (anormalidade da utilização do meio ou discrepância manifesta entre meio e fim) é insuficiente em todos os casos, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, como bem assevera Helena Abdo<sup>154</sup> que apresenta exemplificadamente outros critérios, tais como a falta de seriedade do ato, ilicitude, lesividade à administração da justiça, dolo e culpa.

Em relação à necessidade de prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), em princípio, entendemos que a aferição é objetiva, bastando a prova do exercício de uma situação jurídica processual de forma anormal para atingir escopo diverso com prejuízo à administração da justiça<sup>155</sup>. No entanto, na linha do esposado pelo José Carlos Barbosa

---

<sup>152</sup> ABDON, Helena. **O abuso do processo**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 99.

<sup>153</sup> De STEFANO, Giuseppe. Note sul'abuso del processo. **Rivista del diritto processuale**. Pádua: CEDAM, 1964. p. 593-594.

<sup>154</sup> ABDON, Helena. **O abuso do processo**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007 p. 101-102.

<sup>155</sup> Perfilhando o entendimento de que a análise é puramente objetiva pode ser citado PEYRANO, Jorge W. El abuso del derecho nel ambito del processo civil. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11116/11631>. Acesso em 27.11.2016

Moreira<sup>156</sup> manifestamo-nos pela necessidade da prova do elemento subjetivo quando houver expressa previsão deste requisito pelo legislador, como ocorre em alguns tipos de improbidade processual, tais como aquelas previstas no art. 77 incisos I e II do CPC relativamente ao dever de veracidade.

No direito português, Pedro de Albuquerque efetua a distinção entre o abuso do direito e litigância de má-fé: o primeiro tem natureza objetiva, sendo independente da aferição de culpa ou dolo, ao passo que litigância de má-fé pressupõe a prova do elemento subjetivo<sup>157</sup>. Nessa perspectiva, a prova do elemento subjetivo é despicienda para a configuração do abuso do direito processual, tendo importância apenas para a definição das consequências do abuso do processo.

Tendo em vista que este tipo de distinção não é feito no âmbito do processo brasileiro, deve ser considerado como abuso do direito condutas processuais que também configuram litigância de má-fé. Considerando que em alguns atos de improbidade processual é exigida a prova do elemento anímico (dolo, culpa), não é possível afirmar que sempre será uma aferição objetiva.

Quanto ao dano, não há a necessidade de haver prova do prejuízo efetivo causado à outra parte, porquanto ao menos deve restar demonstrado o dano à administração da justiça<sup>158</sup>, o qual muitas vezes é presumido do mero atraso da marcha processual. Somente para o pedido de indenização de danos processuais, é que deverá ser demonstrado o efetivo prejuízo material ou o moral, a partir de fatos dos quais seja possível presumir (dano *in re ipsa*) a lesão à dignidade humana.

No que tange ao abuso do processo, Michele Taruffo apresenta o seguinte elenco de práticas processuais abusivas:<sup>159</sup>

- i) Abuso do direito de demandar - autor que promove demanda sem interesse legítimo - e de defesa resistência indevida à pretensão autoral, defesas dilatórias;
- ii) Abuso do direito de recorrer;

---

<sup>156</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Temas de Direito processual**. 1ª série. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988. p.16.

<sup>157</sup> ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 92.

<sup>158</sup> ABDO, Helena. **O abuso do processo**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 126.

<sup>159</sup> TARUFFO, Michele. Abuso dos direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**. V 34, n 177. São Paulo: RT, 2009 p 153-183.



- iii) Comportamento contraditório abusivo para atrasar a marcha processual;
- iv) Apresentação de repetidos requerimentos para adiar ou remarcar o julgamento; e
- v) Abusos praticados no campo probatório: i) requerimento excessivo de produção de provas, e condutas praticadas com o escopo de impedir que a outra obtenha ou utilize uma prova importante- destruição e ocultação de provas. ii) no lado oposto, um abuso do procedimento probatório pode consistir também em uma produção excessiva de documentos e testemunhas que visam frustrar a tentativa da outra parte de obter um documento relevante. Outros abusos do procedimento probatório podem consistir em fazer revelação incompleta ou em usar a evidência obtida em procedimento probatório de modos impróprios ou opressivos ou para propósitos ilegais.

Todos os atos abusivos elencados acima podem ser objeto de valoração para aplicação de multa, declaração de ineficácia, e mesmo o pagamento de indenização se tiver acarretado prejuízo à outra parte. No campo probatório, os abusos elencados no item V alínea i -, por causarem a destruição e ocultação de provas relevantes, podem ensejar a valoração para que se firme presunção desfavorável, se constatada a relevância da prova omitida e destruída.

## 2 DA COOPERAÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

### 2.1 Do direito constitucional à prova: da efetividade do processo alcançada pela busca cooperativa da verdade

O processo justo ou o devido processo legal é aquele que congrega o perfil mínimo de garantias fundamentais<sup>160</sup> para a adequada prestação da atividade jurisdicional<sup>161</sup>. Reputa-se adequada a prestação jurisdicional quando há a prolação de uma decisão justa.

Embora o conceito de “justiça” seja vago, carecendo de concretização, alguns parâmetros podem ser engendrados para a definição de uma decisão justa.

Michele Taruffo<sup>162</sup>, no afã de sistematizar os requisitos de uma decisão justa, afirma inexistir um critério único idôneo a constituir o ponto de referência da valoração da justiça da decisão judicial.

Desse modo, assevera que a justiça da decisão pode ser aferida com base em um algoritmo abarcando três critérios, que devem ser cumulativamente observados.

O primeiro critério é a correta escolha e interpretação da regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto. O segundo consiste no accertamento dos fatos relevantes para julgamento. O último critério é a observância de um procedimento válido e justo.<sup>163</sup>

Na mesma linha, John Anthony Jolowicz entende que a decisão, para ser justa - em conformidade com o Direito -, deve satisfazer dois requisitos: ser o resultado da aplicação correta do direito aos fatos (concepção substancial) e de um procedimento conduzido de acordo com o direito processual aplicável (justiça procedimental).

<sup>160</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo et al. **Lezione sul proceso civile. Il proceso ordinario di cognizione**. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 61.

<sup>161</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*. 2ª edição. Torino: UTET, 2004, p. 31-35. RAMOS, Vítor de Paula. *Direito fundamental à prova*. **Revista de processo**. Volume 224. Out 2013. São Paulo: RT, 2013.

<sup>162</sup> TARUFFO, Michele. *Per una teoria della decisione giusta*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, 1997. p. 315- : ”I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell’interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione.” Os três critérios aos quais se alude são os seguintes : a) correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso) accertamento dos fatos relevantes para julgamento; c) emprego de um procedimento válido e justo. Tradução nossa.

<sup>163</sup> TARUFFO, Michele. **Per una teoria della decisione giusta**. TARUFFO, Michele. *Per una teoria della decisione giusta*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, 1997. p. 315.

Apesar de não apresentar como requisito autônomo o correto acerto dos fatos, o referido autor considera tal pressuposto inerente à correta aplicação do direito aos fatos, pois seria impossível realizar a justiça substantiva, se os fatos reais permanecessem desconhecidos, ou se fossem falsos os fatos aos quais se aplica o Direito<sup>164</sup>.

Desse modo, o requisito do correto acerto dos fatos põe em relevo o papel do direito à prova dentro do arcabouço, do núcleo mínimo de garantias fundamentais do processo justo ou do devido processo legal, nomenclatura mais adequada em razão da expressa previsão na Constituição da República de 1988.

Não basta, pois, formatar um processo em atenção às garantias constitucionais para assegurar a ampla discussão das partes acerca dos fatos relevantes da demanda, sem que se garanta o direito à prova, compreendido como instrumento de busca da verdade.

Na Itália, Michele Taruffo<sup>165</sup> entende que o direito à prova seria reconduzível ao art. 24<sup>166</sup> da Constituição italiana, abrangendo o direito de as partes postularem, produzirem a prova, e o correlato dever de o juiz fundar a sua decisão na prova produzida, e neste sentido se falaria no “direito de se defender provando.”

Vitor de Paula Ramos defende que a fundamentalidade formal do direito à prova encontra guarida nos dois incisos do art. 5.º da CF/1988: primeiramente no inc. LVI, do art. 5º ao prever ser proibida a admissão das provas ilícitas, realizando uma exegese *a contrario sensu*; e no inciso LV, na medida em que garante o contraditório e a ampla defesa, com expressa referência aos meios inerentes a essa, dentre os quais estaria o direito à prova<sup>167</sup>.

Além dos referidos dispositivos legais, entendemos que o preceituado no art. 5º XXXV (acesso à justiça) e o devido processo legal também amparam o direito à prova.

Afinal, quanto mais completo o material probatório, maior será o grau de corroboração dos fatos, e, por conseguinte, correspondência com a realidade, o que propiciará a prolação de uma decisão justa.

<sup>164</sup> Jolowicz, John Anthony. **Justiça substantiva e processual no processo civil. Uma avaliação do processo civil.** Revista de Processo 135. São Paulo: RT, 2006. p 171.

<sup>165</sup> TARUFFO, Michele et al. **Commentario breve al código di procedura civile.** Pádua: CEDAM, 2002. p 115.

<sup>166</sup> “Art. 24. *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi [113]. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*” Disponível em [www.senato.it](http://www.senato.it) Acesso em 16/12/2016.

<sup>167</sup> Direito fundamental à prova. **Revista de processo** vol. 224, out 2013. São Paulo: RT, 2014. p. 41-61.

Como num quebra-cabeças, quanto maior o número de peças encaixadas, mais precisa é a reconstituição dos fatos, reduzindo sensivelmente os espaços para o exercício de divagações, do uso da retórica e do recurso ao subjetivismo do julgador.

Desse modo, é defendida a existência do direito constitucional à prova como corolário dos princípios do acesso à justiça, ampla defesa e contraditório, porquanto imprescindível para a prolação de uma tutela jurisdicional efetiva, fruto do debate em contraditório.

Para a concretização do direito à prova é necessário o exercício correto do juízo de admissibilidade da prova pelo juiz - evitando-se o cerceamento de defesa -, a adequada estruturação da atividade probatória por meio da distribuição do ônus da prova com vistas a assegurar o princípio da igualdade e da colaboração, a acertada valoração do material probatório, e a garantia da participação na produção da prova.

No âmbito do processo espanhol, Jordi Ferrer Beltrán destaca que o direito à prova é composto dos seguintes elementos: i) direito a utilizar todas as provas necessárias à comprovação de sua pretensão; ii) direito à produção das provas no processo; iii) direito à valoração racional das provas produzidas<sup>168</sup>; e iv) direito à motivação adequada<sup>169</sup>.

O terceiro elemento, por sua vez, também poderia ser decomposto em dois outros: a exigência de apreciação de todas as provas produzidas- e não somente aquelas que corroboram a decisão do julgador- e a necessidade de ser a valoração das provas dotada de racionalidade<sup>170</sup>.

Considerando a importância do princípio da cooperação, ao inaugurar uma comunidade de trabalho, há a comunhão, conjugação de esforços para a colheita da prova necessária à demonstração dos fatos relevantes da demanda<sup>171</sup>. É neste sentido que deve ser interpretada a “busca cooperativa da verdade.”.

---

<sup>168</sup> FERRER, Jordi Beltrán. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007. p. 54-59.

<sup>169</sup> Observa Rogério Cruz e Tucci que a liberdade do juiz no desempenho da atividade jurisdicional assentada na certeza moral, encontra exatamente na fundamentação o seu preço. TUCCI, Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 104.

<sup>170</sup> FERRER, Jordi Beltrán. *Op. Citada*. p. 54-59.

<sup>171</sup> Salieta Eduardo Cambi a conexão do direito à prova com o princípio da colaboração nos seguintes termos: “A noção de direito à prova serve para ressaltar o papel da colaboração entre as partes e o juiz, na investigação das situações fáticas, asseverando que as partes devem ter acesso a todos os instrumentos probatórios disponíveis para a reconstrução dos fatos” CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 43.

Nessa linha, assume importância a valoração da conduta da parte para firmar presunção desfavorável, promovendo uma inversão da distribuição do ônus da prova quando há destruição da prova, omissão da parte que não é ordinariamente onerada.

Artur Carpes<sup>172</sup> aponta a possibilidade de dinamização do ônus da prova para atribuir o encargo à parte que praticou a conduta desleal de destruição da prova quando esta não era a ordinariamente onerada. Sustenta, contudo, que se trataria de um ônus, e não um dever de provar, que redundaria na descoberta da verdade por via indireta, por estimular os esforços da prova.

Não é o propósito desta dissertação o aprofundamento na discussão acerca da necessidade ou não de se buscar a verdade no processo; e qual a concepção de verdade a ser adotada.

No entanto, algumas considerações devem ser tecidas sobre o tema, para o enfrentamento do tema referente à valoração da conduta da parte em juízo.

Compartilhando do entendimento professado por Bentham, a prova é instrumento metajurídico - comum ao Direito e a outras áreas do conhecimento como a ciência - de reconstrução dos fatos relevantes para o processo<sup>173</sup>.

Nessa esteira, a função da prova é demonstrativa<sup>174</sup> da verdade dos fatos (*rectius: enunciados* fáticos). A rigor, o objeto da prova não são propriamente os fatos, mas as afirmações sobre os fatos.<sup>175</sup>

Advirta-se, contudo, ser possível defender a função demonstrativa da prova apesar de não encerrar o raciocínio sobre a valoração da prova um rigoroso esquema silogístico, inserido numa lógica matemática.

<sup>172</sup> CARPES, Artur Thompsen. **Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**”Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRS, 2008.p. 99. Disponível em:<http://hdl.handle.net/10183/14251>. Acesso em 13/12/2016

<sup>173</sup> BENTHAM. Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ed jurídicas Europa América, 1959. p.15. Vol I.

<sup>174</sup> Adotam a concepção da prova como resultado, com finalidade demonstrativa, dentre outros: MELENDO, S Sentis. *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatório. Buenos Aires: EJE, 1978, CARRATA, Antonio. *Funcione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*. **Rivista di Diritto processuale Civile**. Pádua: CEDAM, 2001. p. 73-103; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2002.

<sup>175</sup> CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Buenos Aires: Arayù, 1955.p. 28. MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires: EJE, 1978. p. 8. TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19. MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Prova e convencção**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 117-118.

A prova desempenha uma função demonstrativa, na medida em que fornece um arrimo racional para a escolha realizada pelo juiz na tarefa de reconstrução de uma versão verdadeira dos fatos relevantes da causa<sup>176</sup>.

No entanto, não há como reconduzi-lo a uma dedução matemática<sup>177</sup>, visto que o raciocínio empreendido é complexo: a aplicação do direito é melhor descrita como uma espiral hermenêutica, em que há o confronto, a interação de premissas maiores e menores, sucessivamente até se conformarem fato e direito<sup>178</sup>, pois a partir da refutação da primeira hipótese, podem ser formuladas novas hipóteses (raciocínio abductivo)<sup>179</sup>. Há também a utilização do raciocínio tópico, o recurso às máximas da experiência, destoando do padrão da subsunção do fato à norma<sup>180</sup>.

Destarte, a valoração da prova sobre os fatos relevantes constitui um raciocínio complexo, heterogêneo e dinâmico que não pode ser simplificado na forma de um silogismo. Pode haver, em alguns casos, um aparente silogismo, depois de concluída a fase das interações entre as premissas<sup>181</sup>.

A concepção de verdade por correspondência remonta a Aristóteles, porém a mais adequada, segundo doutrinadores de escol como Michele Taruffo, seria a teoria semântica da verdade por correspondência elaborada por Alfred Tarski<sup>182</sup>.”

<sup>176</sup> TARUFFO, Michele. Funzione della prova: La funzione dimostrativa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Setembro/1997. Milão: Giuffrè editore, 1997. p. 572-573. Michele Taruffo no artigo supracitado afirma que a função demonstrativa deve ser compreendida como a de fornecer fundamento cognitivo e racional para a escolha pelo juiz de uma versão dos fatos crível e veraz dos fatos.

<sup>177</sup> TARUFFO, Michele. Op citada. p. 553-554. No início do texto Michele Taruffo refuta a assertiva de Perelman de que a função da prova seria retórica persuasiva pelo fato de o raciocínio sobre a prova não ser o matemático –dedutivo. Constrói o texto para sustentar a função demonstrativa, a despeito do raciocínio ser complexo, não reconduzível ao esquema silogístico.

<sup>178</sup> KNIJINIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/>. Acesso em 01/09/2016.

<sup>179</sup> TARUFFO, Michele. Funzione della prova: La funzione dimostrativa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Setembro/1997. Milão: Giuffrè editore, 1997. p. 572-573.

<sup>180</sup> TARUFFO, Michele. Funzione della prova: La funzione dimostrativa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Setembro/1997. Milão: Giuffrè editore, 1997. p. 572-573

<sup>181</sup> KNIJINIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/>. Acesso em 01/09/2016.

<sup>182</sup> Alfred Tarski apresenta o seguinte exemplo para ilustrar a concepção semântica da verdade por correspondência: “Let us start with a concrete example. Consider the sentence “*snow is white*.” We ask the question under what conditions this sentence is true or false. It seems clear that if we base ourselves on the classical conception of truth, we shall say that the sentence is true if snow is white, and that it is false if snow is not white. Thus, if the definition of truth is to conform to our conception, it must imply the following equivalence: *The sentence “snow is white” is true if, and only if, snow is white*. TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth and foundations of semantic. *Philosophy and Phenomenological Research* **4**.

Michele Taruffo pontua que deve ser adotada uma concepção correspondista da verdade, mais madura, segundo a qual “*a realidade externa existe e constitui a medida, critério de referência que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados que dela se ocupam*”<sup>183</sup>.

Sustenta a inutilidade da distinção entre verdade absoluta e relativa, e da visão de verdade processual diversa da verdade fora do âmbito processual<sup>184</sup>.

Defende que a veracidade de um enunciado<sup>185</sup> é determinada pela realidade, e, nesse sentido, seria absoluta, na medida em que inexistente um fato mais ou menos verdadeiro (não admitiria graus). O que poderia variar em conformidade com as circunstâncias seria o grau de confirmação, que pode ser atribuído a esses enunciados<sup>186</sup> com base nos conhecimentos disponíveis, gerando uma maior ou menor aproximação à realidade.

Isso não significaria, contudo, afirmar que a verdade é propriamente relativa, porquanto relativo seria somente o conhecimento sobre os fatos. O fato de não se poder alcançar a verdade de forma absoluta no processo, em virtude das limitações existentes, não afasta a necessidade de se buscá-la no processo.

É nesse sentido que o referido doutrinador considera a verdade no processo como relativa (o conhecimento da verdade seria relativo) e objetiva.

Esta concepção é criticada por Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni<sup>187</sup>, pois a conclusão de ser relativa a verdade a ser obtida no processo, encerraria uma contradição com a concepção da verdade por correspondência. Por essa razão, defendem a

---

1944. pp. 341-376 (1944). Disponível em <http://www.ditext.com/tarski/tarski.html>. Acesso realizado em 01/09/2016. Adotam esta teoria da verdade W V Quines *The pursuit of truth*, Cambridge : Harvard Press, 1992.

<sup>183</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.p. 101.

<sup>184</sup> *Loc cit*

<sup>185</sup> Relembramos que o objeto da prova não são os fatos, mas sim a afirmativa sobre os fatos. Conforme bem assevera Antonio Carrata os fatos não podem ser provados em si mesmos, e sim o enunciado que afirma a existência dos fatos. CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*. **Rivista di Diritto processuale Civile**. Pádua: CEDAM, 2001. p. 73-103. No mesmo sentido, CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Buenos Aires: Arayù, 1955.p. 28. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdade en el derecho**. 2ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2005. p. 70.

<sup>186</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos**. São Paulo: Marcial pons, 2012.p. 105. Ao tratar da corroboração em graus, Jordi Ferrer Bêltran faz alusão aos *standards* probatórios, o grau necessário de confirmação para se considerar provados os enunciados fáticos. FERRER Bêltran, Jordi **Prueba y verdade en el derecho**. 2ª ed. Madri: Marcial Pons: 2005, p.41.

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Prova e convicção**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 57-60.

superação na teoria do conhecimento e no Direito processual, da concepção da verdade por correspondência, dada a impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta no âmbito do processo.

Sem embargo, entendemos inexistir a aludida contradição, sendo conciliável a concepção da verdade por correspondência com a assertiva de ser o conhecimento da verdade no processo relativo, em virtude das limitações temporais, econômicas, procedimentais, ideológicas e aquelas dirigidas à tutela de direitos fundamentais.

Não há falha alguma em admitir o óbvio: a verdade absoluta nem mesmo é alcançável pelas ciências naturais, pois a precisão da reconstrução dos fatos nunca é de 100%, exceto se fosse possível, por meio de uma máquina do tempo, uma viagem ao passado, a fim de registrar em tempo real os acontecimentos importantes para o processo. Qualquer reconstrução dos fatos apresenta pontos não elucidados, que impedem a correspondência exata com a realidade.

Repise-se que a impossibilidade de obter a verdade absoluta não pode conduzir a entendimentos radicais, como bem alude William Twining aos denominados perfeccionistas desiludidos<sup>188</sup>, doutrinadores radicais que apregoam que nenhum dado verdadeiro pode ser buscado no processo.

Nessa perspectiva, Jordi Ferrer Beltrán<sup>189</sup> insurge-se contra a tese da impossibilidade de se obter a verdade no processo, explicando que a existência de limitações à obtenção de provas no processo não impede que se alcancem conclusões verdadeiras acerca do mundo. Ilustrando tal entendimento, cita o exemplo do editor que encomenda uma obra a um historiador com imposição contratual de prazos de entrega, limite da revisão, para posteriormente concluir que a disciplina contratual não reduziria o valor da obra de apresentar o relato de fatos verídicos.

O fato de haver a ponderação do direito à prova com normas que concretizam outros valores constitucionais, tais como privacidade, direito à não autoincriminação, e outros, além daqueles inerentes ao procedimento, tempo, grau de cognição, preclusões, não pode conduzir à conclusão no sentido da negativa de se alcançar a verdade. Em muitos casos, o

---

<sup>188</sup> TWINING, William. Some scepticism about some some scepticism. In **Rethinking evidence. Exploratory essays**. 2ª edição. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p.99-164.

<sup>189</sup> **Prueba y verdade en el derecho**. 2ª ed. Madri: Marcial Pons: 2005, p.41. Jairo Parra Quijano também assevera que as limitações probatórias não impedem a busca da verdade, pois outros meios probatórios poderiam muitas vezes lograr trasladar a prova dos autos com a mesma nitidez dos meios de prova proibidos. QUIJANO, Jairo Parra. **Manual del derecho probatório**. 15 ed. Bogotá: Libreria ediciones del profesional Ltda, 2006. p. 167-168.



grau de aproximação é menor em virtude das limitações probatórias e em outros casos, é possível reduzir o módulo da prova, o grau de exigência necessário à demonstração dos fatos relevantes para o julgamento da demanda<sup>190</sup> com base nas peculiaridades do direito material.

É nessa perspectiva que Jordi Ferrer Beltrán sustenta que considerar verdadeiro um enunciado sobre os fatos é reputar suficientes os elementos probatórios a corroborar determinada versão dos fatos.<sup>191</sup>

Não se deve olvidar, contudo, que, além das alegações de impossibilidade prática e filosófica de se alcançar a verdade, há, outrossim, razões ideológicas para justificar a inutilidade da busca da verdade, considerando que o fim do processo é somente a resolução dos conflitos, pacificação social, desvinculada da necessidade de veraz acerto dos fatos<sup>192</sup>. A esta concepção de processo típico dos países da Common Law, corresponderia, na classificação de Alessandro Giuliani, ao modelo persuasivo da prova- isonômico-, em que esta é meio para convencer o órgão judiciário a adotar determinada versão dos fatos relevantes para a decisão<sup>193</sup>.

Trata-se da visão procedimentalista, em que o processo é concebido como instrumento de resolução de conflitos, sem perseguir a justiça da decisão, mediante o correto acerto dos fatos. A justiça da decisão é concebida de outra forma: bastaria a satisfação das garantias do processo. Destarte, seria inútil buscar a verdade, num processo orientado apenas à pacificação social, porque desnecessária e dispendiosa<sup>194</sup>.

Entretanto, a busca da verdade não se opõe à finalidade de pacificação social, visto que a justiça da decisão é requisito imprescindível para a função jurisdicional de pacificar,

<sup>190</sup> GERHARD, Walter. **Libre apreciacion de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985. p. 186-211.

<sup>191</sup> Neste sentido assinala Jordi Ferrer Beltrán: “En este trabajo he defendido que ‘Está probado que p’ debe ser entendido como ‘hay elementos de juicio suficientes en el expediente judicial) a favor de p’”. BELTRAN, Jordi Ferrer. **La Prueba y verdad en el derecho**. 2ª edição. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 77.

<sup>192</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madri: Trotta, 2002. p. 37. DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice**. Edição: Revised. New Haven: Yale University Press, 1991. p. 88.

<sup>193</sup> TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. **Rivista di diritto processuale**. Abril/junho 1990. Ano XLV, segunda série. Pádua: Cedam, 1990. p. 420-424. As principais características do modelo persuasivo da prova apontadas no texto com base no escólio de Alessandro Giuliani são as seguintes: i) desenvolvimento por meio do diálogo entre as partes; ii) ter lugar perante um juiz passivo, privado de poderes instrutórios. Este modelo probatório é compreendido como isonômico. Confira-se também MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015 p. 53.

<sup>194</sup> QUIJANO, Jairo Parra. **Manual de derecho probatorio**. Bogotá: Libreria ediciones del profesional Ltda, 2006. p. 163.

serenar os ânimos dos litigantes. Não basta que a decisão seja produto de um procedimento dotado das garantias processuais previstas na Constituição da República, devendo a reconstrução dos fatos debatidos no processo almejar a descoberta da verdade.

Conquanto não se possa deixar de reconhecer alguma feição persuasiva da prova<sup>195</sup>, especialmente no processo judicial de perfil cooperativo, em que o contraditório desempenha a função de promover a participação dos sujeitos processuais num amplo debate sobre as alegações e provas produzidas; sua função é eminentemente demonstrativa dos enunciados fáticos alegados pelas partes, necessários ao julgamento da pretensão deduzida em juízo.

Em síntese: a prova tem como primordial função a de demonstrar a verdade, apesar de deter, em menor medida, feição persuasiva<sup>196</sup>.

O fato de o processo ser um espaço de debate, em que há a ampla participação das partes na formação da decisão pelo direito de influência, não afasta o caráter demonstrativo da prova, como garantia das partes de que no processo a decisão acerca dos enunciados fáticos terá por base as provas constantes dos autos, e a valoração segundo critérios racionais<sup>197</sup>.

## 2.2 Dos deveres e ônus no campo probatório

---

<sup>195</sup> Compreendendo o modelo contemporâneo de prova como o argumentativo, assinala Arthur Thompsen Carpes: “Para o bem da verdade, o modelo contemporâneo de prova está muito mais afinado com o argumentativo do que aquele que o antecedeu na história. É inegável especialmente, diante dos avanços logrados na teoria do direito, que o pêndulo que vai de uma polaridade à outra, isto é, do modelo argumentativo ao demonstrativo, hoje está a pender para o primeiro, embora através de uma realidade substancialmente distinta” CARPES, Artur Thompsen. **Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação de mestrado. Orientador: Danilo Knijnik. Porto Alegre: UFRS, 2008. p.30. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf>. Acesso em 27/09/2016.

<sup>196</sup> A este propósito, esclarece Danilo Knijnik que somente pode se aludir a um modelo demonstrativo ou persuasivo para fins didáticos, por não existirem esses modelos em formas puras. Afirma: “São, antes disso, tendências que se pronunciam aqui e ali, não havendo um modelo epistemológico definido, unitário. E mais que isso: não se apresentam antinômicos, mas em relação de polaridade e de forma assimétrica.” **A prova no juízo cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: forense, 2007. p.10-11.

<sup>197</sup> A respeito da possibilidade de conciliação entre as funções demonstrativa e persuasiva, vide CAMBI, Eduardo. Curso de **Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014. p.36-37.

No processo a atividade de produção de provas pelas partes para o êxito de suas pretensões qualifica-se como ônus, porquanto imperativo do próprio interesse<sup>198</sup>, cujo descumprimento sujeita a parte ao risco de advir uma decisão desfavorável no processo.

A peculiaridade do ônus da prova reside na circunstância de que o seu cumprimento não acarreta necessariamente a obtenção de uma decisão desfavorável e nem tampouco do seu descumprimento advém consequências desfavoráveis.

Por essa razão, é qualificado por Goldschmidt como um “ônus menos perfeito”<sup>199</sup>, pois as consequências do cumprimento ou descumprimento do encargo dependerá da “força persuasiva”<sup>200</sup> daquela prova- que foi produzida, ou deixou de ser produzida- na formação do convencimento do magistrado à luz do acervo probatório.

No entanto, além dos ônus das partes de provar os fatos que lhe interessam para influir na obtenção de um resultado favorável no processo, foram previstos no atual CPC - reproduzindo algumas regras do CPC de 1973, e aperfeiçoando outras - diversos deveres em matéria probatória com o escopo de concretizar o princípio da cooperação, cujo descumprimento acarreta a imposição de sanções.<sup>201</sup>

<sup>198</sup> GOLDSCHIMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**. Tradução de Leandro Farina. 1ª edição. Campinas: Mineli, 2003. p.90.

<sup>199</sup> James Goldschmidt classifica os ônus em “perfeitos” e menos “perfeitos”. Os ônus perfeitos eram aqueles cujo descumprimento gerava consequências desfavoráveis, prejuízos. Diversamente, nos denominados ônus menos perfeitos, os prejuízos de seu descumprimento somente se produzem arbitrató iudicis. **Teoria Geral do Processo**. Tradução Leandro Farina. 1ª edição. Campinas: Mineli, 2003.p 90. Vitor de Paula Ramos discorda desta concepção de ônus menos perfeito nos seguintes termos: “A posição, apesar de bastante repetida no Brasil, não parece persuasiva. Isso porque a consequência prevista na regra que atribui ônus, conforme já mencionado, é fundamental e estrutural ao seu funcionamento; é justamente o resultado em tese que estimula o sujeito a adotar ou não a conduta, dependendo de sua atratividade. Se a previsão de algum resultado, o “ônus imperfeito “simplesmente perde a sua normatividade, sua limitação à liberdade do sujeito da regra que o atribui, visto que a conduta passa a traduzir-se apenas em uma necessidade prática, uma faculdade do sujeito; deixa, portanto, de ser um ônus jurídico em sentido técnico.” RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar**. São Paulo: RT, 2015. p. 66-67.

<sup>200</sup> “Percebe-se, pois, que não basta à parte produzir a prova( por sinal, é indiferente quem a produz), para que sua pretensão ou a sua defesa sejam acolhidas, mas é necessário que essa prova realizada, no contexto do conjunto probatório tenha força persuasiva suficiente para poder convencer o juiz de que suas alegações são verdadeiras e de que têm razão, merecendo obter a tutela jurisdicional favorável; caso contrário, não haveria sentido a fase de valoração da prova e o magistrado não teria como julgar o dilema de ter de decidir qual das partes tem razão, se ambas provassem os fatos a que estão onerados.” CAMBI, Eduardo. **A prova Civil. Admissibilidade e relevância**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 316.

<sup>201</sup> Atribuindo às partes o dever de produzir provas, quando assim determinado pelo juiz, ademais, essas passam a ter verdadeiros estímulos jurídicos para que não valha a pena “arriscar “com a não produção da prova, ao contrário do que ocorre, como demonstrado, com a inversão ou a dinamização do ônus (que promovem ameaças que não fazem com que a parte produza qualquer prova que não produziria naturalmente). Mesmo que a prova seja desfavorável, repita-se, a parte não terá opções a não ser levar a juízo que possui.” RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar**. São Paulo: RT, 2015. p. 98.

De modo geral, as partes se empenham na comprovação dos fatos necessários ao êxito de suas pretensões, porém tendem a omitir fatos, sonegar as provas que possam auxiliar a parte contrária.

Daí a importância da imposição dos deveres probatórios<sup>202</sup> às partes pelo juiz, para obrigá-las a aportar aos autos do processo elementos probatórios que espontaneamente não trariam, visto que comprometidas com o êxito na demanda, e não com a busca da verdade no processo. O dever é uma situação jurídica processual imposta em favor da outra parte, cujo descumprimento sujeita o infrator a sanções<sup>203</sup>.

Relevante indagação a ser formulada é a seguinte: provar é um ônus ou dever?

Em substancial dissertação de mestrado Vitor de Paula Ramos defende que a imposição de deveres probatórios no lugar dos ônus asseguraria a maior completude do material probatório, motivo pelo qual defende a transformação do ônus em dever de provar, sujeitando as partes recalcitrantes às sanções cabíveis, dentre as quais o julgamento desfavorável.

A tese defendida visa a reforçar os deveres de cooperação e promover uma reconstrução dos fatos o mais rente possível à realidade dos fatos no processo<sup>204</sup>.

A crítica que pode ser feita a este entendimento é a de que vulneraria o princípio dispositivo<sup>205</sup>, segundo o qual cabe às partes a iniciativa de realizar o aporte das provas,

---

<sup>202</sup> A questão central é que sem um dever verdadeiro de produção de provas, dá-se às partes o “direito” de não levar a juízo uma prova que lhe desfavorece, sendo, portanto, natural que ela se valha desse, já que seu intuito final em juízo é vencer a demanda. Afinal quanto menos elementos de prova contrários às suas versões forem levados ao processo, melhor para a parte, que terá maiores chances de não sucumbir.” RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar**. São Paulo: RT, 2015. p. 95.

<sup>203</sup> Leonardo Greco assim define o dever: “Conforme tenho tido a oportunidade de acentuar, o dever é um encargo a que se submete determinado sujeito, para atender a direito de outro sujeito cujo descumprimento constitui ato ilícito” Greco, Leonardo. Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015. in: **Inovações do Código de processo Civil de processo civil de 2015**. Rio de Janeiro: Gz editora, 2016. p. 25.

<sup>204</sup> Pontua Flávio Yarshell que: “Parece ser por isso que, embora sem se desligar do conceito de ônus, a prova acaba se conectando- no âmbito doutrinário e mesmo em diferentes sistemas legislativos – também à ideia de dever que ora aparece sob as vestes de um dever de “colaboração” ou de “cooperação”, ora se revela com um dever de veracidade atribuído às partes.” YARSHELL, Flavio. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p 159

<sup>205</sup> Em face da diversidade de significados do princípio dispositivo na doutrina, adotamos a concepção deste num sentido mais restrito, para abarcar apenas a iniciativa quanto aos fatos (objeto do processo) e a prova (iniciativa probatória), bem como possibilidade de praticar atos dispositivos, distinguindo-o do princípio da iniciativa (demanda) quanto à deflagração do processo. Confira-se a este propósito: RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo jurídico, 2014. p. 189.

devendo o juiz atuar subsidiariamente<sup>206</sup>. Segundo Leonardo Greco, quando nas situações de descumprimento do encargo, puder aplicar-se presunção desfavorável à parte infratora, inexistiria razão para a imposição de deveres probatórios.

Ravi Peixoto e Lucas Buril de Macedo<sup>207</sup> também refutam tal tese, sob o fundamento de que além de não se poder prever como sanção o julgamento desfavorável, inexistiria maior efetividade na produção das provas em virtude da substituição do ônus pelo dever de provar. Destacam, ainda, a ausência de fundamento legal para a tese.

Conquanto discordemos da substituição dos ônus probatórios pelos deveres, entendemos que existem deveres de colaboração no âmbito do processo cujo descumprimento autoriza que se firme presunção desfavorável.

Nesses casos, considerar provado o fato que se pretendia demonstrar com a prova sonogada, destruída, não acarreta necessariamente a prolação de decisão desfavorável, na medida em que dependerá da força persuasiva da prova dentro do acervo probatório. De fato, eventual multa representará muito pouco para o litigante desleal, sendo preferível gerar consequências probatórias desfavoráveis.

A presunção prevista como consequência da recusa à ordem de exibição de documento, e a negativa em depor, são exemplos de sanção de caráter probatório previstas pelo CPC aplicadas aos casos de descumprimento dos deveres de cooperação.

Assim, no processo há os ônus das partes demonstrarem os fatos necessários à sua pretensão, ao lado de deveres probatórios<sup>208</sup> para a concretização do princípio da cooperação.

---

<sup>206</sup> Nessa linha, assinala Leonardo Greco : “ Por sugestão do prof. Flavio Yarshell, no relatório final da pesquisa sobre a reforma do direito probatório, por mim coordenada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e no consequente anteprojeto que dele resultou, convencidos de que a exacerbação dos deveres probatórios das partes como consequência do dever genérico de colaboração resultaria em verdadeira negação do princípio dispositivo, que reserva às partes , e em caráter principal, a iniciativa de proposição e produção da provas, procurou-se distinguir os deveres das partes dos seus ônus probatórios. Ao descumprimento dos deveres corresponde a previsão de sanções. Por outro lado, esses encargos previstos como deveres podem reduzir-se a simples ônus se a presunção de veracidade decorrente de seu descumprimento for suficiente para fundamentar decisão desfavorável à parte infratora” GRECO, Leonardo. Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015. In **Inovações do Código de Processo Civil de 2015. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ editora, 2016. p. 25**

<sup>207</sup> MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p.98.

<sup>208</sup> “A tese, todavia, não pode ser aceita. De um lado, porque o texto legal é claro em estabelecer para a parte deveres e não apenas ônus, tanto no campo da prova, como em relação ao comportamento geral desses sujeitos. Em segundo lugar, porque claramente há a previsão no Código de sanções para o descumprimento dessas imposições, que claramente as qualifica como deveres probatórios, e não como ônus” MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Curso de processo Civil**. 1ª Ed. São Paulo: RT,2015. p. 255.vol II

A existência de deveres probatórios é corroborada pela previsão de sanções ao descumprimento dos deveres de colaboração previstos nos incisos I, II, III, IV do artigo 77, conforme os incisos I e II do art. 80 do CPC.

A inovação ilegal no estado de fato ou bem- atentado - que será objeto de perícia ou inspeção judicial, prevista como conduta ilícita no inciso VI do art. 77, enseja a aplicação do §7º do art. 77 do CPC, sem prejuízo das eventuais sanções penais (art.347 do Código Penal).

A falta de exibição de documento pode resultar na aplicação do art. 400 do CPC, presumindo como verdadeiros os fatos que se pretendia provar se o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração; e se a recusa for tida como ilegítima. O parágrafo único do art. 400 do CPC permite a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido, razão pela qual superado resta o entendimento firmado no enunciado 372 da Súmula de jurisprudência do STJ, que vedava a imposição de multa cominatória na ação de exibição de documentos.<sup>209</sup>

Portanto, o descumprimento dos deveres acarreta dois tipos de sanção: a aplicação de multa; ou a valoração da conduta desfavoravelmente ao litigante que descumpriu os deveres de cooperação.<sup>210</sup>

### 2.2.1 Da colisão do dever de cooperar com o reconhecimento do direito à não autoincriminação: a contraditória redação do art. 379 do CPC

Conquanto se aponte a origem do privilégio contra a autoincriminação no direito canônico, por força de um comentário atribuído à São João Crisóstomo sobre a carta de São Paulo aos Hebreus<sup>211</sup> - do qual foi extraída a regra de confissão perante Deus, e da não

<sup>209</sup> Sumula 372 STJ “Na ação de exibição de documentos, não cabe multa cominatória”

<sup>210</sup> Enumera William Santos Ferreira como medidas coercitivas que têm por escopo estimular o cumprimento das obrigações: i) patrimonial (multa); ii) pessoal, como prisão civil; iii) probatório, a presunção de veracidade do fato que a parte almejava comprovar. FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas in **Direito probatório**. Coleção grandes temas do novo CPC coord Ferreira, William Santos; JOBIM, Marco Félix. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 382.

<sup>211</sup> Conforme o esboço histórico apresentado por Marcelo Schirmer Albuquerque: “Entre os estudos desenvolvidos para proteger os indivíduos da opressão do Estado revigorou-se a fórmula *nemo tenetur procede sripsum*, forma embrionária da moderna garantia de não auto-incriminação que teve origem no direito canônico porque atribuída a um comentário de São João Crisóstomo à carta de São Paulo aos hebreus, feito no séc V e no qual afirmava a desnecessidade da autotração em público ou de auto-incriminação perante outros homens porque apenas perante Deus tais revelações se fariam imprescindíveis (Helmholz et

autoincriminação perante os homens -, a sua efetiva formulação foi realizada por Thomas Hobbes ao defender a invalidade de um pacto para acusar a si próprio, sintetizado no brocardo *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se ipsum prodere*. Por isso, considera-se que o nascimento de tal princípio teria ocorrido com a sua enunciação por Hobbes na obra “O cidadão”, publicada em 1642<sup>212</sup>.

A elaboração do princípio da vedação da autoincriminação teve por escopo coibir os abusos cometidos pelo regime absolutista no processo, impondo limites à atuação do sistema punitivo estatal.

O desenvolvimento dos contornos do privilégio contra a autoincriminação, expressão do *nemo tenetur se detegere*, ocorreu graças à sua previsão na Quinta Emenda à Constituição norte-americana<sup>213</sup>, com o propósito de evitar abusos, coação na realização do interrogatório do réu. Destarte, a finalidade da garantia era evitar que o indiciado ou o réu fossem coagidos, obrigados a confessar a autoria do crime<sup>214</sup>.

---

AL 1997, p. 26). Alçando-se dos manuais de procedimento penal aos clássicos de filosofia e da ciência política, o princípio em comento foi enunciado por Thomas Hobbes que em do cidadão publicado pela primeira vez em 1642 em Paris, destacou ser inválido um pacto para acusar a si próprio. Em apenas um parágrafo o pensador britânico desenvolveu o princípio, então representado pela fórmula *nemo tenetur procedere scripsum*, já reconhecido pelos praxistas e pelas cortes daquele País” ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação. Extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.25-26. João Claudio Couceiro registra que alguns vêem na regra das duas testemunhas do direito hebraico o antecedente mais remoto do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 29.

<sup>212</sup> Aponta Luigi Ferrajoli como marco do nascimento do princípio da não auto-incriminação a enunciação feita por Thomas Hobbes, conforme o excerto a seguir transcrito : “*Nemo tenetur se detegere es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio enunciada por Hobbes recibida a partir del siglo XVII en el derecho inglés.*” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon. Teoría del garantismo penal**. 5ª ed. Madri: Trotta, 2001. No mesmo sentido ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer **A garantia de não auto-incriminação. Extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.25-26. Acerca do esboço histórico do princípio, confira-se também COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2004.p. 29-98.

<sup>213</sup> “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; **nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself**, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.: *shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*). Negrito e grifo acrescido. Disponível em [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amendments](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments). Acesso em 14/01/2017.

<sup>214</sup> “O *privilege against self-incrimination* garante que nenhuma pessoa será compelida a responder questões tendentes a expô-la à persecução penal e, ainda, que ao acusado possa, legitimamente, se recusar a testemunhar” QUEIJO, Maria Elizabeth. **Do privilégio contra a autoincriminação**. 2ª edição São Paulo: Saraiva, 2002. p. 169.

No Brasil, o direito ao silêncio foi previsto no art. 5º, LXIII, da CF/1988, exsurgindo daí o direito de não produzir prova contra si próprio. Não obstante a previsão se restrinja a um ato (interrogatório na fase inquisitorial e no processo penal), a garantia do direito ao silêncio passou a ser interpretada como uma garantia geral contra a produção de prova contra si próprio, de não colaborar com a Justiça na produção de provas que pudessem incriminá-lo<sup>215</sup>.

Indaga-se: poderia a parte, no processo civil, invocar tal privilégio para não cumprir dever de colaboração?

Na primeira parte do art. 379, *caput*, do CPC, é assegurado o direito de não produzir prova contra si mesmo; e, na segunda, são enumerados os deveres de colaboração em matéria probatória. Há absoluta incongruência entre a primeira parte do dispositivo, consagrando o direito de não produzir prova contra si mesmo; e a segunda, que trata dos deveres de cooperação das partes na produção das provas.

<sup>215</sup> Conquanto majoritário o entendimento doutrinário da extensão do privilégio para qualquer ato de colaboração na produção de prova pelo réu, há vozes no sentido de que privilégio contra auto-incriminação é restrito ao interrogatório, ou seja, mesmo no processo penal não pode ser compreendido de forma tão ampla. Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira assinala com a habitual percuciência: “A 5ª Emenda à Constituição norte-americana confere ao réu o chamado *privilege against self incrimination*, exonerando-o do fornecimento de material probatório que lhe seja desfavorável. Não se estende a franquia, contudo, em termos irrestritos. Muito ao contrário: cinge-se ela, em essência ao interrogatório do suspeito pela polícia e pelo acusado em juízo, nos casos em que vem a prestar depoimento oral. (...) Em vários casos, intuitivamente, torna-se necessária a colaboração do acusado: e, se ele se nega, sujeita-se a ver essa atitude interpretada em seu desfavor. Tem-se entendido que a recusa justifica a punição por desacato ao tribunal (*contempt of court*). MOREIRA, José Carlos Barbosa “**O processo penal norte-americano e sua influência.**” *Temas de Direito processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p.229-230. Marcelo Schimer Albuquerque também se posiciona contrariamente à aplicação extensa do princípio. ALBUQUERQUE, Marcelo Schimer. **A garantia de não auto-incriminação. Extensão e limites.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 2-6. Na mesma linha é a conclusão de Guilherme Gehlen Walcher: “Entende-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* não tem, no ordenamento jurídico pátrio – da mesma forma como ocorre em diversos ordenamentos estrangeiros –, o alcance de poder ser invocado como óbice à participação do acusado em quaisquer meios probatórios que possam vir a produzir provas que venham a servir para a sua condenação penal. As normas constitucionais e convencionais internalizadas no ordenamento jurídico pátrio não positivam um direito amplo de não produzir provas contra si mesmo, mas o direito ao silêncio, com o propósito de preservar o instinto de autopreservação e a liberdade de autodeterminação do investigado, proscrevendo a extração forçada da verdade por meio da tortura. É simplório e reducionista o silogismo segundo o qual, ao dizer-se direito ao silêncio, pretendeu-se dizer direito de não participar de quaisquer medidas probatórias processuais penais. Não é essa a finalidade para a qual este direito foi positivado, não é esse o alcance deste direito em ordenamentos estrangeiros civilizados e de tradição humanitária e, por fim, esse alcance comprometeria de forma relevante o direito à prova, que pertence a ambas as partes (acusação e defesa), obstando o regular exercício do direito fundamental da sociedade à repressão criminal das condutas que de modo mais intenso afrontam o ordenamento jurídico (os delitos). WALCHER, Guilherme Gehlen. **A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio *nemo tenetur se detegere* à luz da jurisprudência nacional e estrangeira.**” *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: [http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme\\_Walcher.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html) . Acesso em: 14 de janeiro de 2017.



Nesse sentido, concordamos com as lúcidas ponderações de Leonardo Greco<sup>216</sup> de que o defeito do art. 379 do CPC é consagrar um direito genérico da parte a não se auto incriminar, concluindo que “o direito de uma das partes termina quando viola direito fundamental de outra”<sup>217</sup>.

Neste ponto, uma primeira premissa deve ser firmada: a transposição da garantia de não produzir prova contra si próprio para o processo civil de forma superdimensionada contraria os deveres de cooperação, comprometendo a devida apuração da verdade, imprescindível para a prolação de uma decisão justa.

Já no processo penal, a falta de colaboração do réu na produção de provas da prática de crime encontra amparo no princípio da liberdade, e da presunção de inocência, legitimando a adoção de uma exegese mais ampla do direito ao silêncio.

Conforme bem sintetiza Clarissa Diniz Guedes Ferreira, enfrentando o tema das limitações probatórias dentro do enfoque comparativo entre processo penal e processo civil:

“Por outro lado, há princípios e valores que são tão peculiares ao direito processual penal que a estes se adstringem, ou pelo menos se lhe aplicam em maior medida, incidindo apenas excepcionalmente sobre o processo civil. Nesta linha, o princípio da presunção da inocência é de natureza tipicamente processual penal, podendo ser estendido ao processo civil quando a situação do réu se assemelhe, do ponto de vista político, jurídico e moral, à do acusado em processo criminal. Por outro lado, o direito à não autoincriminação existe em razão do processo penal, mas pode ser exercido, para este fim, no âmbito processual civil. Em todos os casos, advirta-se, a doutrina da prioridade local se aplica em razão dos fundamentos políticos e morais das normas citadas, sendo plenamente possível estendê-las a outro contexto em que eventualmente se verifique identidade de razões justificadoras.”<sup>218</sup>”

No processo civil, há uma série de regras que já demonstram a opção clara do legislador pela aplicação restrita da vedação de produção de provas contra si próprio.

A admissão do instituto da confissão ficta (art. 385, §1º, do CPC) no processo civil é incompatível com uma visão mais larga da garantia de não produzir prova contra si próprio, tal qual prevista no processo penal, em que é assegurado o direito ao silêncio.

---

<sup>216</sup> GRECO Leonardo. Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil. in **Inovações do Código de Processo Civil de 2015**. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ ed, 2016. p.19- 38.

<sup>217</sup> GRECO, Leonardo. Op citada. p. 25.

<sup>218</sup> FERREIRA, Clarissa Diniz Guedes. **Persuasão racional e limitações probatórias: um enfoque comparativo entre o processo civil e o penal**. Tese de Doutorado. Orientador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2010. p. 52.

Em abono a tal argumentação, podem ser citados diversos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil que impõem à parte a adoção de uma conduta cooperativa, sob pena de aplicação de sanções pecuniárias (litigância de má-fé), ou presunção de fato com consequências desfavoráveis ao interesse da parte - valoração da conduta da parte - conforme o previsto no art. 400 do CPC que trata da negativa à exibição de documento determinada pelo Juiz.

Neste particular, assinalamos que os artigos 231 e 232 do Código Civil preveem a presunção legal da prova que se pretendia obter por meio de exame médico, em caso de recusa.

A questão primordial, então, consiste em determinar os limites do direito de não produzir prova contra si mesmo no âmbito do processo civil.

A recusa à produção de prova contra si próprio deve estar fundada na tutela de um direito fundamental que justifique o sacrifício da busca da verdade no processo, essencial para a garantia do acesso à tutela jurisdicional efetiva<sup>219</sup>.

Os privilégios probatórios são estabelecidos por regras ou princípios que permitem a determinadas pessoas eximir-se da obrigação de aportar elementos de prova ao processo, tendo o efeito de “suprimir” a verdade, como bem assevera Michele Taruffo.<sup>220</sup>

Assim, devem ser estabelecidos parâmetros para a realização desse juízo de ponderação no caso concreto, quando uma parte no âmbito do processo civil invoca o privilégio contra a autoincriminação.

Discorrendo sobre as limitações probatórias e os possíveis parâmetros para a ponderação entre a proteção do direito à privacidade e outro interesse contraposto, Leonardo Greco<sup>221</sup> cita a teoria da proteção dos três graus da privacidade elaborada pela jurisprudência

---

<sup>219</sup> Joan Picó I Junoy assevera que a constitucionalização do direito à prova no Direito espanhol exigiria uma leitura das normas processuais no sentido de permitir a máxima atividade probatória das partes, sendo preferível o excesso na admissão das provas, do que a postura restritiva. PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal em el nuevo proceso civil español**. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/31.pdf>. Acesso em 17/01/2017.

<sup>220</sup> Sobre os privilégios probatórios esclarece Michele Taruffo: *“Privilégios probatórios estabelecem-se por regras e princípios que atribuem a determinadas pessoas a liberdade de não aportarem alguns elementos de prova ou de não revelarem materiais ou informações que estão em seu poder, ou mesmo, o direito de se excluir a possibilidade de que delas se obtenham informações conexas ao caso. Em geral, os fundamentos que permeiam essas normas são extrínsecos ao processo, embora possam afetar ou influenciar o funcionamento e o resultado de procedimentos judiciais, simplesmente porque impedem a descoberta e a apresentação de provas relevantes. Em verdade, o efeito é “suprimir a verdade”*. TARUFFO, Michele. **A prova**” São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 48-49.

<sup>221</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.140. vol II.

constitucional alemã: o primeiro grau, intangível, corresponderia ao núcleo essencial da dignidade humana, imune ao juízo de ponderação; o segundo grau, referente a vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, submete-se a juízo de ponderação, podendo ser sacrificado em prol de valores ou interesses superiores; o terceiro grau, decorrente de relações do sujeito com outras pessoas da comunidade, que embora não sejam públicas sempre cederiam em benefício do interesse no conteúdo da informação. Como exemplo do primeiro grau de proteção, é a submissão de DNA para aferição de características genéticas do examinado.

O exame de DNA para aferição de vínculo de ascendência biológica integra o segundo grau de proteção e pode ser objeto de ponderação para ceder em face da prevalência do outro direito fundamental digno de tutela<sup>222</sup>. A escusa fundada no sigilo bancário, gravações de conversas telefônicas estariam enquadradas no segundo grau de proteção, demandando uma aferição, por meio de ponderação dos valores em jogo, para determinar se deve ser acolhida ou não a recusa ao fornecimento da prova.

No caso do terceiro grau de proteção estão incluídas as provas que não possuem qualquer nexos com a tutela da dignidade humana, caso em que sempre será rejeitada a escusa, em prol do correto acerto dos fatos no processo.

O referido doutrinador defende que se dispense tratamento análogo às limitações fundadas no direito à não-autoincriminação<sup>223</sup>, reconhecendo a existência de três graus de proteção.

---

<sup>222</sup> “Já quanto aos exames de DNA, a meu ver é preciso verificar se se destinam apenas a investigar e apurar características do próprio portador para avaliar a sua capacidade de entendimento ou vontade, hipótese em que devem considerar-se protegidos por uma privacidade de primeiro grau; ou se visam a demonstrar uma relação jurídica com outras pessoas da comunidade, como por exemplo para prova da paternidade ou a prova da autoria de um crime de elevada gravidade, caso em que parece se enquadrarem no segundo grau.” GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. II. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.141, vol II.

<sup>223</sup> Assevera Leonardo Greco: “Nas limitações fundadas em direitos fundamentais, a técnica da ponderação é universalmente aceita, mas é preciso dar objetividade à chamada *ponderação em concreto*, para libertá-la de inevitáveis subjetivismos, não só com a importação da teoria dos diferentes graus de privacidade do Tribunal Constitucional alemão, mas também com uma legislação, de que carecemos no Brasil, que explicita e discipline os diversos níveis de proteção dos variados e complexos conteúdos do chamado direito à privacidade. No âmbito estritamente processual, a concentração desse juízo de proporcionalidade em apenas um órgão jurisdicional no âmbito de cada tribunal ou de determinada área geográfica, serviria de filtro para que a privacidade não fosse devassada além do limite estritamente necessário e asseguraria igualdade de tratamento em todas as causas semelhantes. As limitações fundadas no interesse público e num possível direito a não se autoincriminar também mereceriam um tratamento análogo” GRECO, Leonardo. A reforma do Direito probatório no processo civil brasileiro - primeira parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das reformas processuais” Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista de Processo**, v 240. São Paulo: RT, 2015. p. 61-136.

Nesse norte, poder-se-ia somente reconhecer a limitação quando vulnerado o princípio da vedação à autoincriminação em seu grau máximo de proteção, que corresponderia à tutela da dignidade humana em seu núcleo duro.

Imperioso, pois, que se fixe o exato alcance do “direito de não produzir prova contra si próprio” (primeira parte do *caput* do art. 379 do CPC) no âmbito do processo civil.

A interpretação literal do art. 379 do CPC conduz ao reconhecimento do direito da parte de não colaborar para produzir prova desfavorável aos seus interesses, em ofensa a toda a principiologia do referido Código, que reforça os deveres de cooperação em matéria probatória.

Com base nas premissas expostas no início deste tópico, a exegese que melhor se coadunaria com os princípios reitores do processo civil, notadamente o da cooperação, e do acesso à justiça, seria compreender o direito de não produzir prova contra si próprio como a garantia de não ser compelido a produzir provas da prática de crime<sup>224</sup>.

De fato, tratando-se de prova produzida no juízo cível, mas com repercussão no âmbito penal, não seria, em princípio, exigível que a parte se auto incriminasse, em flagrante violação do inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República<sup>225</sup>. Portanto, o dever de colaboração encontra limitação apenas na garantia constitucional do silêncio no âmbito criminal, o que restringe o alcance do direito a não colaborar previsto na primeira parte do art. 379 do CPC.

<sup>224</sup> No que tange à extensão do privilégio contra a auto-incriminação ao processo civil, aduz Luiz Flávio Gomes: “Em síntese, o direito de não auto-incriminação não projeta seus efeitos apenas para o âmbito do processo penal ou da investigação criminal ou civil. Perante qualquer autoridade ou funcionário, de qualquer um dos poderes, que formule qualquer tipo de imputação penal (ou se suspeita) ao sujeito, vigora o princípio (a garantia) da não auto-incriminação (que consiste no direito de não falar ou de não se incriminar, sem que disso possa resultar qualquer prejuízo ou presunção contra ele). Se a garantia citada não tivesse essa extensão sua importância seria quase nenhuma. É irracional imaginar que alguém possa invocar a garantia perante o juízo penal, sendo obrigado a se incriminar perante um juízo trabalhista, civil, administrativo etc. A prova decorrente dessa auto-incriminação lhe compromete seriamente”. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 Acesso em 21/11/2016.

<sup>225</sup> “No processo civil, garante-se, pois, também o direito ao silêncio em relação a fatos tidos por criminosos (art. 347 do CPC e art. 229 do CC). O direito ao silêncio sobre fatos criminosos tem natureza de direito fundamental (art. 5º, LXIII, CF/88). Está previsto, também, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): Art. 8º. Garantias judiciais, § 2º, “g” direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar -se culpada”. Há quem veja na antiga regra hebraica dos dois testemunhos, *testis unus, testis*, mínimo exigido para fundamentar uma decisão condenatória) a origem remota deste direito”. DIDIER JR, Fredie. **Direito ao silêncio do processo brasileiro (arts 347 do CPC e 229 CC)**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/direito-ao-silencio-no-processo-civil-brasileiro-arts-347-cpc-e-229-cc/> Acesso em 21/11/2016.

O conteúdo desta escusa corresponde à regra do inciso I do art. 388 do CPC, a qual dispõe não estar a parte obrigada a depor sobre fatos criminosos que lhe forem imputados<sup>226</sup>. Ressaltamos que tal escusa não chancela o direito de mentir em juízo, conduta vedada pelo art. 77 do CPC.

---

<sup>226</sup> Neste sentido é o Enunciado 51<sup>226</sup> do V Fórum de Processualistas Cíveis (art. 378; art. 379): “*A compatibilização do disposto nestes dispositivos c/c o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal. (Grupo: Direito Probatório)*”. A doutrina de modo geral tem interpretado dessa forma o preceituado no art. 379 do CPC. A esse propósito, confira-se: MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Curso de Processo Civil**. São Paulo; RT, 2015. p.257. Vol II. DIDIER Jr, Fredie et al. **Curso de processo civil**. 11ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p.160-161.vol II.

### 2.3 Da iniciativa probatória do juiz no processo cooperativo

A efetividade do processo pressupõe que a reconstituição dos fatos necessários ao julgamento do caso seja o mais fiel possível à realidade, o que justifica a outorga de poderes instrutórios ao juiz.

Durante o Estado Liberal, o Juiz se limitava a pronunciar o direito objetivo<sup>227</sup>, ou seja, sua atuação era comedida, uma vez que o processo era considerado “coisa das partes”.

Posteriormente, no final do século XIX e primeira metade do século XX, a emergência do Estado social, preocupado com as injustiças sociais e lentidão do processo, resultou na edição de códigos de processo civil em que se concediam amplos poderes instrutórios aos juízes<sup>228</sup> como meio de proferir decisões justas. O Código de Processo Civil da Áustria de 1895 de Franz Klein é apontado como o principal representante deste modelo de código social.

Estudos doutrinários sobre o novo CPC espanhol (Ley de Ejuiciamiento Civil, promulgada em janeiro de 2000) e o Código de Processo Civil italiano de 1940 trouxeram à tona a discussão sobre a concepção autoritária processo em que se outorgavam iniciativas

<sup>227</sup> O modelo juiz do Estado liberal é aquele que apenas declara o conteúdo da lei. Seria o juiz júpiter na classificação tripartite de François Ost: “*Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia.*” OST, François, **Jupiter, Hercules e Hermes, tres modelos de juez**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>. Acesso em 14/01/2017.

<sup>228</sup> Trata-se do modelo do juiz Hércules- semideus que carrega o mundo em seus braços- engenheiro social- descrito por François Ost da seguinte forma: “*De este modo la aparición del segundo modelo, el modelo herculeano que nos trae sobre la tierra, toma la figura de revolución -gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente del único Derecho válido-. En la huella de las diversas corrientes que se declaran realistas -pensamos especialmente en el «realismo americano» y particularmente en la sociological jurisprudence-, entra en juego un modelo que calificaría de embudo (pirámide invertida) o de dossier. Es Ronald Dworkin, como es sabido, quien, revalorizando hasta el extremo la figura del juez moderno, le da los rasgos de Hércules. Sin poder -lejos de pretenderlo- reducir la posición de Dworkin a la de los realistas americanos, mantendremos aquí el nombre de Hércules, particularmente acertado para designar a ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo.*” OST, François. **Jupiter, Hercules e Hermes, tres modelos de juez**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/> acesso em 14/01/2017.

probatórias aos magistrados, a partir da análise das bases ideológicas dos Códigos de Processo Civil editados no século XIX e primeira metade do Século XX<sup>229</sup>.

No campo probatório, esse debate consiste na análise da relação entre iniciativa probatória das partes e do juiz.

O principal representante da corrente de pensamento, afinada com o ideário liberal, denominada privatismo, o espanhol Juan Montero Aroca, criticou o movimento de publicização do processo iniciado no século XVIII com a edição do Código de Processo Civil da Prússia, e especialmente a partir do Código de Processo Civil austríaco de Franz Klein, fortemente influenciado pelas ideias socialistas de Anton Menger. No pensamento de Juan Montero Aroca, a outorga de poderes instrutórios ao juiz viola as garantias do processo, pois aquele perderia a sua imparcialidade ao determinar a produção de provas.

Além de Juan Montero Aroca, Franco Cipriani, Adolfo Alvarado Veloso integram os críticos da concepção publicista de processo, os denominados “privatistas ou garantistas”. De outro lado, perfilhando a concepção publicista do processo estão os doutrinadores Joan Picó I Junoy, José Carlos Barbosa Moreira, Giovani Verde, Augusto Morello, os quais defendem a outorga de poderes instrutórios ao juiz para assegurar a justiça da decisão, tornando eficaz os direitos dos cidadãos.

No Brasil, prevalece na doutrina tradicional a concepção publicista do processo<sup>230</sup>, que defende uma postura mais ativa do juiz relativamente à produção de provas, para assegurar a efetividade do processo.

Recentemente, contudo, surgiram novos questionamentos acerca da compatibilidade do ativismo judicial com as garantias do devido processo legal.

Glauco Gumerato<sup>231</sup>, seguindo a linha de pensamento do jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso, entende que a outorga de poderes instrutórios ao juiz que julgará a causa, não é compatível com cláusula do devido processo legal, na medida em que perderia esse a sua imparcialidade também a imparcialidade (condição de terceiro). Sustenta, pois, que a determinação, pelo juiz, de prova de ofício deve vir acompanhada pela garantia “*voltada às*

---

<sup>229</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo. **Revista de Processo** 33. São Paulo: RT, 2008. p.29-56.

<sup>230</sup> Adotando a corrente publicista MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p 96. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do processo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os poderes instrutórios do juiz**. 7ª edição. São Paulo: RT, 2013.

<sup>231</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Coord. DIDIER JR, Fredie et al. Salvador: Juspodivm, 2013. p 255-271.

*partes demandantes, de que o juiz que assim agiu se afaste – também de ofício – para que a sentença a ser prolatada o seja por outro juiz funcionalmente imparcial*”<sup>232</sup>. Com base nessa premissa, defende a adoção de um procedimento judicial funcionalmente escalonado, no qual o juiz que dirigisse a instrução, e eventualmente determinasse a prova de ofício, não estaria autorizado a proferir a sentença sobre o mérito da causa.

Em verdade, o movimento pendular no sentido de se outorgar maiores poderes às partes deriva de uma reação ao hiperpublicismo<sup>233</sup>, partindo da premissa de que a vontade das partes, destinatárias da tutela jurisdicional pleiteada, não pode ser ignorada<sup>234</sup>. Relativamente à valoração da conduta da parte, indaga-se: a valoração da conduta parte violaria o princípio dispositivo?

Parece-nos que o exercício dos poderes instrutórios pelo Juiz é plenamente compatível com o processo cooperativo<sup>235</sup>, desde que fortalecido o contraditório, assegurando-se uma maior participação das partes. Relativamente à valoração da conduta da parte pelo juiz, inexistente violação alguma do princípio dispositivo ao reputar como elemento de convicção a conduta da parte em juízo.

É o que pretendemos demonstrar, após breve exposição da discussão entre privatistas e publicistas acerca dos poderes instrutórios do juiz.

A função da jurisdição sob a ótica privatista ou garantista<sup>236</sup> “*deve orientar-se no fato de que o juiz, terceiro e imparcial, é o último garante dos direitos que a ordem jurídica reconhece ao indivíduo, seja qual for o ramo que se tenha em conta*”<sup>237</sup>.

<sup>232</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Coord. DIDIER, JR, Fredie et al. Salvador: Juspodivm, 2013.p.261-262.

<sup>233</sup> Antonio do Passo Cabral tece considerações sobre o caminho do privatismo ao “hiperpublicismo”. CABRAL, Antonio do Passo. **Convencões processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 104-113.

<sup>234</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Op citada. p. 261-262.

<sup>235</sup> Nessa linha de entendimento, confira-se RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p. 139-142.

<sup>236</sup> Explica Adolfo Alvarado Velloso que o termo garantista advém do subtítulo da obra de Ferrajoli Direito e Razão: “A palavra garantista ou o seu sucedâneo garantidor provém do subtítulo que LUIGI FERRAJOLI pôs em sua magnífica obra Direito e razão e quer significar que, sobre a lei com minúscula, está a lei com maiúscula (a Constituição). Em outras palavras: guarda adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica. “O garantismo processual”. VELLOSO, Adolfo Alvarado. In: **Ativismo processual e garantismo processual**. Coord. DIDIER Jr, Fredie et al.1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.p. 29.

<sup>237</sup> AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil- contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. In **Ativismo processual e garantismo processual**. Coord. DIDIER Jr, Fredie et al.1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 512.



Dentro dessa lógica, seria incompatível com o processo regido pelos princípios da oportunidade, dispositivo<sup>238</sup> caracterizado pela iniciativa das partes em matéria probatória (princípio da *aportación*), o desenvolvimento de uma atividade investigativa pelo juiz, pois os fatos que importariam no processo seriam os afirmados pelas partes. Ao revés, a função do juiz seria de mera verificação, pois os meios de prova seriam apenas aqueles propostos pelas partes. Em suma: não se poderia sacrificar as garantias fundamentais das partes, em nome da busca da verdade no processo.

Juan Montero Aroca afirma que inexistem Códigos de processo neutros, na medida em que sempre possuem uma base ideológica.

Nessa medida, aponta como principais traços de autoritarismo dos Códigos sociais, reflexos do fascismo e do socialismo, no campo probatório, o ativismo judicial em matéria probatória, justificado pela busca da verdade real<sup>239</sup>, bem como a adoção da oralidade e concentração.

Desse modo, para Juan Montero Aroca<sup>240</sup>, o processo civil chamado de “social” é instrumento de justiça autoritária, porque não mais estruturado sob a perspectiva das partes, mas do Juiz.<sup>241</sup> A outorga de iniciativas probatórias ao Juiz comprometeria a sua condição de terceiro (terziatá ou imparcialidade<sup>242</sup>) e a imparcialidade, garantias do processo.

<sup>238</sup> Em face da polissemia, importante registrarmos o conceito de princípio dispositivo que entendemos mais adequado. Perfilhamos a corrente doutrinária que distingue o princípio dispositivo do princípio da demanda. Assim, o princípio dispositivo operaria na delimitação do objeto do processo, e nas iniciativas probatórias das partes, ao passo que o princípio da demanda refere-se à iniciativa na propositura da ação. Nesse sentido, vide GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo civil**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.518.vol I; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p.189-191.

<sup>239</sup> No tocante à relação entre verdade objetiva e o projeto de poder socialista, esclarece Juan Montero Aroca: “O direito socialista por meio do princípio da verdade objetiva ou material, impunha aos tribunais o dever de adotar todas as medidas necessárias para esclarecer do modo mais completo possível as circunstâncias reais do assunto, as relações jurídicas entre as partes, seus direitos e obrigações. O princípio respondia claramente ao interesse do Estado na realização do direito objetivo e, a partir daí, não atendia à tutela dos direitos subjetivos das pessoas. O importante era fazer efetivo o direito tal como havia sido definido pelo Estado, sendo todo o resto mero acessório”. AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil- contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. In **Ativismo processual e garantismo processual**. DIDIER Jr, Fredie et al. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 513.

<sup>240</sup> AROCA, Juan Montero. **El proceso llamado de social como instrumento de justicia autoritaria**. in. **Proceso e ideologia**. 1ª edição Valencia: Tirant to blanch, 2006.

<sup>241</sup> No prólogo da obra processo e ideologia resume Juan Montero Aroca a sua abordagem nos seguintes termos: Con esta publicación creí concluído mi propósito de replanearme las bases ideológicas de los cuerpos legales. Para mi si em siglo XX los cuerpos legales procesales civiles estaban traspasados de autoritarismo, y regulaban el proceso civil desde el punto de vista Del juez (Estado) que aplica su ordenamiento juridico, nuestra LEC había conseguido superar esa etapa y regula el proceso desde la perspectiva del ciudadano que acude al juez (Estado) para que se hagan efectivos sus derechos subjetivos. AROCA, Juan Montero. **Proceso y ideologia**. 1ª edição. Valencia: Tirant to blanch, 2006.

Conclui, não ser a busca da verdade a função da prova civil, porque o objetivo do processo não seria declarar a verdade dos fatos, e sim, tutelar direitos subjetivos com base nas afirmações das partes, em conformidade com as garantias do processo.<sup>243</sup>

O processo autoritário inquisitivo, caracterizado pelo princípio da oficialidade, não assegurava as garantias das partes, pois o seu escopo seria a concretização do Direito objetivo, cumprindo um fim político autoritário em detrimento dos interesses dos jurisdicionados.

Nessa linha, Franco Cipriani apontava a fragilidade dos dois fundamentos político ideológicos da reforma de 1895 na Áustria que ocasionou a elaboração do Código Klein: a caracterização do processo como um mal social; e o nefasto impacto da lentidão da justiça na economia nacional, a justificar um controle mais efetivo do processo pelo juiz<sup>244</sup>, concedendo-lhe maiores poderes<sup>245</sup>. Refutava os fundamentos da reforma austríaca, argumentando que o processo não era um mal, pois os litígios eram causados pela vida, sendo o processo o mecanismo de resolução de conflitos idealizado pelos homens, e como tal, era imperfeito. O segundo fundamento é duramente criticado por ser exagerado, vez que a lentidão processual não acarretaria impacto tão acentuado na economia nacional, a ponto de justificar a condução do processo pelo juiz com “mãos de ferro”. Conclui o artigo afirmando que a visão de processo de Franz Klein corporificada no Código Austríaco refletia ideologia ultrapassada, incompatível com a Constituição italiana<sup>246</sup>, e que não teria resultado na melhora da prestação jurisdicional.

---

<sup>242</sup> Nesse ponto, oportuna é a menção do conceito de imparcialidade apresentado por Antonio Cabral: “(...)dizer, por conseguinte, que o juiz deve ter imparcialidade é apontar um divisor de águas que exclua de o ser atuar qualquer função que seja típica das partes. Logo, a imparcialidade é um estatuto aferível objetivamente pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição das funções processuais entre os vários sujeitos do processo”. **CABRAL, Antonio do Passo**. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria de repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de processo** 149. São Paulo: RT, julho 2007.

<sup>243</sup> AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil- contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. In **Ativismo processual e garantismo processual**. DIDIER Jr, Fredie et al. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 507.

<sup>244</sup> CIPRIANI, Franco. Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). **Rivista di Diritto Processuale**, vol. 22, n. 3. Padova: CEDAM, 1995. p. 977

<sup>245</sup> CIPRIANI, Franco. Op citada p. 984

<sup>246</sup> CIPRIANI, Franco. Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). **Rivista di Diritto Processuale**, vol. 22, n. 3. Pádua: CEDAM, 1995. p. 1003-1004

As manifestações de Juan Montero Aroca e Franco Cipriani por um processo mais garantista provocaram a reação dos doutrinadores que perfilhavam a concepção publicista do processo.

Conforme assevera Joan Picó I Junoy, a socialização do processo tem por objetivo incorporar aos clássicos princípios do liberalismo determinadas exigências do Estado Social, pondo em relevo a distinção entre objeto do processo, e o processo como instrumento idôneo para alcançar a efetiva e real tutela por parte do Estado dos interesses litigiosos.<sup>247</sup>

Discorda dos privatistas que defendem a impossibilidade de se atribuir iniciativa probatória ao juiz civil devido à natureza privada do interesse discutido no processo. Essa concepção, afirma Joan Picó I Junoy, se assenta sobre a equivocada premissa de que o processo civil é negócio particular e com fim privado, a defesa dos interesses pessoais. Conclui que este entendimento já foi superado em favor de uma visão publicista de processo como instrumento do exercício da função jurisdicional do Estado.<sup>248</sup>

A justificativa da iniciativa probatória do juiz repousaria no caráter social do Estado de Direito consagrado na Constituição espanhola, assim como o dever de zelar pela efetividade da tutela dos direitos.

O direito à prova das partes não seria vulnerado, visto que plenamente compatível com a iniciativa probatória do magistrado. Somente haveria ofensa ao referido direito se o juiz detivesse o monopólio da atividade instrutória *ex officio*.

Considera as iniciativas probatórias do Juiz como necessárias para a máxima eficácia da função pública de resolver conflitos<sup>249</sup>. Se o juiz deve julgar, devem lhe ser atribuídas as iniciativas necessárias para lograr a máxima eficácia em suas funções.

Quanto à imparcialidade, o Juiz, ao assumir poderes instrutórios, não estaria a buscar informações para confirmar fatos alegados pelas partes para favorecer uma delas.

Não há direcionamento do Juiz para favorecer uma parte, pois, ao determinar a produção de determinada prova, desconhece o juiz o resultado, ou seja, a quem efetivamente favorecerá. Como bem acentua José Carlos Barbosa Moreira, o juiz que se omite também poderia ser considerado parcial, porquanto evitaria a produção de prova que favoreça uma das partes.

<sup>247</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**. 1ª edição. Barcelona: JM Bosch editor, 2007. p.102.

<sup>248</sup> PICÓ I JUNOY, Joan Picó. **El juez y la prueba**. 1ª edição. Barcelona: JM Bosch editor, 2007. p. 103

<sup>249</sup> PICÓ I JUNOY, Joan Picó. El derecho procesal entre o garantismo y la eficacia: um debate mal planteado. **Proceso y ideología**. Coordenação Juan Montero Aroca. 1ª edição Valencia: Tirant to blanch, 2006.p. 109-127

A tese defendida pelos privatistas pressupõe que o Juiz estaria a buscar informações para confirmar fatos alegados pelas partes, a fim de favorecer uma delas, o que no Direito norte-americano é conhecido como *confirmation bias*<sup>250</sup>.

Destaca José Carlos Barbosa Moreira que o juiz, ao assumir poderes instrutórios, não está a usurpar as funções da parte, pois busca esclarecimentos para cumprir a sua missão de julgador.<sup>251</sup>

Esclarece Picó I Junoy em sua obra *El Juez e la prueba* que, na polêmica envolvendo a iniciativa probatória do juiz, devem ser evitadas posturas maximalistas para buscar o ponto de equilíbrio que permita ao processo ser o mais eficaz possível sem sacrificar as garantias fundamentais das partes<sup>252</sup>.

A fim de equacionar tal questão, assevera que pode ser conferida ao juiz certa iniciativa probatória limitada aos fatos discutidos no processo e às fontes de prova - para evitar o aporte de conhecimentos privados pelo Juiz - e desde que assegurado sempre o contraditório e a ampla defesa.

Desta forma, seria possível atender ao princípio dispositivo, com o qual se assegura a imparcialidade do juiz, protegendo, também o direito de defesa das partes.

Quanto ao vínculo estabelecido pelos garantistas entre regimes autoritários e outorga de poderes ao juiz, oportuna é a observação de Michele Taruffo, no sentido de inexistir uma análise política mais acurada por parte dos defensores da corrente privatista, pois não é feita a distinção entre os diversos tipos de regimes políticos - fascismo, socialismo, comunismo, Estado assistencial e intervencionista, o Estado Social -, tratando-se conjuntamente coisas diferentes, todos qualificados como autoritários<sup>253</sup>. Assinala que a concepção privatista também é reflexo de uma ideologia: a liberal do século XVII, em que vigorava o *laissez-passer*<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> Trata-se da “tendência confirmatória”, do comprometimento do juiz com determinada versão dos fatos, conduzindo a uma atuação tendenciosa para comprovar fatos que favorecem os interesses de uma das partes.

<sup>251</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

<sup>252</sup> PICÓ I JUNOY, Juan. Op citada p. 109-127.

<sup>253</sup> TARUFFO, Michele. **Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa**. A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 186.

<sup>254</sup> TARUFFO, Michele. Op. citada p. 186.

José Carlos Barbosa Moreira pontifica que, nos regimes autoritários, geralmente há o aumento dos poderes do Executivo, e não do Judiciário. Somente em sistemas em que aos juízes não são outorgadas as garantias de independência da magistratura, poder-se-ia imaginá-los como *longa manus* do Poder Executivo. A partir da análise do conteúdo das Leis promulgadas durante regimes autoritários no Brasil, deduz inexistir esta correlação, visto que, mesmo durante tais regimes, foram promulgadas leis de caráter democrático como a Lei da Ação Civil pública e da Ação Popular<sup>255</sup>.

Nessa mesma linha, Giovanni Verde assevera que a concessão de amplas faculdades discricionárias ao Juiz somente tem sentido se este tem total independência do Poder Executivo, na medida em que integra um poder legitimado para desenvolver uma função de controle e garantia também em relação aos outros poderes do Estado<sup>256</sup>.

Para os publicistas, a busca da verdade, viabilizada pela outorga de iniciativas probatórias ao Juiz, não torna o processo necessariamente autoritário. Consoante bem salienta Michele Taruffo, o processo é justo se é sistematicamente orientado a fazer com que se averigüe a veracidade dos fatos relevantes para a decisão, e é injusto na medida em que se impede ou limita esta averiguação, pois neste caso, aquilo que se obstaculiza ou se limita é a justiça da decisão.<sup>257</sup>

A distinção entre juiz ativo e juiz autoritário é realizada da seguinte forma:

A diferença entre juiz "ativo" e o juiz "autoritário" se constata pelo fato de que a função "ativa" do juiz referente à produção de prova configura-se claramente como complementar e suplementar à atividade das partes; desse modo, quando essas exercem completamente seu direito de deduzir todas as provas disponíveis e, portanto, proporcionam ao juiz elementos suficientes para a determinação dos fatos - como frequentemente ocorre na prática - não há a necessidade de que o juiz exercite seus poderes<sup>258</sup>.

<sup>255</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p 96.

<sup>256</sup> Giovanni Verde pontua: " Al contrario, según la concépcion social del proceso, el econnimiento de amplias facultades discrecionales en caeza del juez tiene solamente sentido si este tiene una total independencia del poder ejecutivo y se umbica esencialmente como pertenciente para desenvolver una funcion de controle y de garantia tambien en relacion a los otros poderes Del Estado. VERDE, Giovanni. *Le ideologie del processo in um recente saggio. Processo y ideologia*. Coordenação Juan Montero Aroca. 1ª edição. Valencia: Tirant to blanch, 2006. p. 75.

<sup>257</sup> TARUFFO, Michele. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 186.

<sup>258</sup> TARUFFO, Michele. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 199.

Defende, pois, a atuação supletiva do Juiz em matéria probatória para que o processo seja um eficiente método de reconstituição dos fatos. Desse modo, não é retirada a liberdade das partes de aportar as provas, pois somente é permitido que o juiz suplementarmente determine a produção de provas para a devida apuração da verdade dos fatos.

Dá a feliz descrição da figura de um juiz ativo como aquele que assiste ao jogo entre as partes e intervém quando percebe o risco de o jogo resultar em decisões injustas<sup>259</sup>.

Michele Taruffo, numa análise mais aprofundada da questão, salienta ainda que a discussão ideológica envolvendo a outorga ou não de poderes instrutórios ao juiz não residiria no contraste entre ideologias liberais e autoritárias<sup>260</sup>. O cerne da discussão repousaria nas ideologias relativas à função do processo civil e da decisão final: seria a função da jurisdição a de meramente solucionar conflitos segundo o procedimento previsto em lei independentemente da justiça da decisão final; ou a solução do conflito deve ser realizada com justiça?

Nessa linha, já nos manifestamos no item 2.1 deste capítulo, contrariamente à concepção meramente procedimentalista de jurisdição, por não atender ao escopo do processo justo, ou do devido processo legal, vez que o correto acertamento dos fatos é condição necessária para a efetividade da justiça<sup>261</sup>.

A visão do processo conduzido exclusivamente pelas partes é um retorno ao liberalismo do século XIX, verdadeiro retrocesso, visto que o modelo atual de processo é o cooperativo, em que partes e juiz participam conjuntamente das atividades processuais para a prolação de uma decisão justa.<sup>262</sup>

Neste sentido, manifesta-se Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acerca da compatibilidade dos poderes instrutórios do juiz com o modelo de processo cooperativo, desde que respeitados o princípio do contraditório, e assegurada a motivação adequada:

---

<sup>259</sup> TARUFFO, Michele. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 206.

<sup>260</sup> TARUFFO Michele. **A Prova**. 1ª ed. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 198.

<sup>261</sup> TARUFFO, Michele. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa. **A prova**. São Paulo: Marcial pons, 2014. p. 206. Adotando a concepção de justiça substancial e processual manifesta-se John Anthony Jolowicz no texto constante do item 2 deste texto. Jolowicz, John Anthony. **Justiça substancial e processual no processo civil. Uma avaliação do processo civil**. Revista de Processo 135. São Paulo: RT 2006. p 171.

<sup>262</sup> Conforme DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de processo: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Coord. DIDIER JR, Fredie et al. Salvador: Juspodivm, 2013.

“As considerações até agora desenvolvidas mostram-se suficientes, a nosso parecer, para evidenciar o não-comprometimento da parcialidade do magistrado com a assunção dos meios probatórios, desvio esse que, ademais, poderá ser perfeitamente controlado pelo contraditório, dever de motivação e possibilidade de reexame da decisão em segundo grau de jurisdição. Tudo, portanto, recomenda a quebra do monopólio das partes na instrução da causa, mesmo em se tratando de interesses puramente privados, pois não há por que se alterar a estrutura do processo em função da natureza disponível ou indisponível do objeto litigioso.”<sup>263</sup>

Portanto, o juiz do processo cooperativo é ativo, porém não autoritário, estabelecendo diálogo paritário com as partes.

Uma breve mirada na Constituição brasileira de 1988 é suficiente para que se conclua pelo seu perfil social e, por conseguinte, pela necessidade da adoção de uma postura mais ativa do juiz, no sentido da concretização do acesso à justiça.

Destarte, a concepção privatista, fulcrada numa visão procedimentalista de justiça - na qual se prescinde da busca da verdade para a prolação da decisão justa - é incompatível com a cláusula do devido processo legal constante da Constituição brasileira, e com a realidade social do País, marcada pela acentuada desigualdade das partes da demanda.

O dever assistencial do juiz para assegurar a paridade de armas no processo, como decorrência o princípio da cooperação, justifica a adoção de iniciativa instrutória complementar à das partes.

Não se está a sustentar o exercício ilimitado de iniciativas probatórias pelo juiz, visto que além da efetividade da tutela jurisdicional, devem ser preservadas as outras garantias do processo justo.

Assiste razão a Joan Picó I Junoy, no sentido de que o ponto de equilíbrio entre os poderes instrutórios do Juiz e as garantias fundamentais das partes seria conferir certa iniciativa probatória limitada aos fatos discutidos no processo, e às fontes de prova – para evitar o aporte de conhecimentos privados pelo Juiz – e, desde que, assegurado sempre o contraditório e a ampla defesa.<sup>264</sup> A estes requisitos, acrescentaríamos a motivação adequada<sup>265</sup>, condição imprescindível para a aferição do acerto da decisão proferida, as necessidade de garantias que conferem a independência no exercício da magistratura, e a atuação em caráter subsidiário.

<sup>263</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo no processo civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

<sup>264</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**. 1ª edição. Barcelona: JM Bosch editor, 2007. p.102.

<sup>265</sup> Neste sentido é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar dos limites à atividade instrutória do Juiz: “Apresentam-se, ainda, como limites à atividade probatória oficial a submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato que a determina. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 7ª edição. São Paulo: RT, 2013. p. 165.

No nosso entender, não há vinculação entre regimes autoritários e aumento dos poderes do Juiz, pois o poder Judiciário independente- dotado das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração - e ativo contraria os interesses do próprio Poder Executivo.

A pedra de toque para aferir se o órgão judicial é utilizado como *longa manus* do Poder Executivo consiste em verificar se são previstas e respeitadas as garantias institucionais que asseguram a independência do Poder Judiciário<sup>266</sup>. Além das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração (art. 95 da Constituição da República), há a previsão da autonomia administrativa e financeira dos tribunais (art. 99 da Constituição da República).

Discordamos da concepção de Gláucio Gumerato<sup>267</sup> acerca da necessidade da adoção de um “*procedimento judicial funcionalmente escalonado*” no qual o juiz que dirigisse a instrução, e eventualmente determinasse a prova de ofício, não estaria autorizado a proferir a sentença sobre o mérito da causa, pois o juiz que exerceu iniciativa probatória e teve contato com a prova é o mais preparado para julgar. Inexiste propriamente uma contaminação psicológica do juiz, e sim a formação gradual do seu convencimento, a partir do contato com as provas e as alegações das partes constantes dos autos.

Se o processo é o espaço do diálogo humano necessário para a formação conjunta da decisão judicial<sup>268</sup> mediante o exercício de atos de influência a condicionar reciprocamente todos os personagens do processo (contraditório participativo), inexistente razão para impor que o juiz responsável pelo julgamento não possa ser o mesmo da instrução. Haveria maior prejuízo ao processo, ao se afastar aquele juiz, que teve contato com as partes e participou do frutífero diálogo, da fase de decisão. O juiz, ao exercer iniciativa probatória em caráter

---

<sup>266</sup> Marco Antônio dos Santos Rodrigues destaca : “Diante do que se analisou, parece que no debate entre publicismo e privatismo não se deve esquecer que, ainda que a criação de amplos poderes ao Judiciário no processo seja uma opção política governamental, a Constituição brasileira prevê uma série de garantias constitucionais à magistratura, que permite a sua atuação de forma livre e desvinculada de interesses estatais” Conclui no sentido de inexistir razão na alegação de que a concessão de maiores poderes ao magistrado se cuida de questão política, pois a concessão de poderes ao juiz decorreria da própria eficácia do direito fundamental de acesso à justiça. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo jurídico, 2014. p. 139.

<sup>267</sup> GUMERATO, Gláucio. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: **Ativismo judicial e garantismo processual**. Coord. Didier Jr et al. Salvador: Juspodivm, 2013.

<sup>268</sup> Conforme bem salienta Hermes Zanetti<sup>268</sup> acerca do processo cooperativo: “No processo, o modelo procedimental-deliberativo, se dá por meio dos postulados da máxima da cooperação (KooperationMaxime) e do “formalismo valorativo” (ALVARO DE OLIVEIRA), no qual a forma é entendida em sentido amplo” ZANETTI, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro**. Tese de Doutorado. UFRS. Porto Alegre, UFRS. 2005. p.244.



complementar ao das partes, visa a assegurar a efetividade do processo, a justiça da decisão, até pelo fato de desconhecer a quem favorecerá aquela prova.

Deste modo, a imparcialidade ou *terziatà* - condição de terceiro no processo - não é vulnerada pelo exercício de poderes instrutórios, pois o juiz não assume a condição de parte, mas de julgador, ao atuar para suplementar a atividade probatória das partes, adotando as medidas de melhor prover para prolatar uma decisão justa<sup>269</sup>.

Quanto à valoração do comportamento da parte em juízo, inexistente violação ao princípio dispositivo. Neste ponto, Gino Gorla em texto escrito sobre o comportamento da parte em juízo em 1935 defende a ausência de vulneração de tal princípio, partindo da distinção entre fatos extraprocessuais que dependeriam da iniciativa da parte e processuais, os quais dispensariam a iniciativa da parte. Nessa linha de raciocínio, a conduta da parte em juízo poderia ser utilizada como prova<sup>270</sup> por ser ato praticado no processo e, portanto, passível de valoração sem qualquer ofensa ao princípio dispositivo. As partes não podem, obviamente, ser surpreendidas com a possibilidade de seus atos terem efeitos probatórios adversos, questão diversa referente ao contraditório participativo, que será tratado no capítulo 4.

#### 2.4 Do indeferimento do pedido de produção de provas com base na valoração antecipada

Não é compatível com os deveres do processo cooperativo a conduta de indeferimento da prova pelo juiz, sob o fundamento de já estar convencido da versão exposta pela parte que requereu a prova, realizando uma valoração antecipada<sup>271</sup>.

<sup>269</sup> Neste sentido MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 96.

<sup>270</sup> Gino Gorla afirmava quanto ao comportamento processual da parte e ausência de ofensa do princípio dispositivo: “*La conoscenza dei fatti processual (come fonti di prova critica), e, quindi del contegno processuale delle parti, avviene legittimamente da parte del giudice senza bisogno di una iniziativa (sua o dele parti) che, altronde, sarebbe inutile.*” GORLA, Gino. In **Rivista di diritto processuale civile**. Vol VII, parte II. Pádua: CEDAM, 1935 p. 33-34.

<sup>271</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos Sociais, lógicos e éticos**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145. DALL’ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição da inadmissão da prova por estar convencido o juiz. In **Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório**. Coordenador: KNIJINIK, Danilo. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 93-105. LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único

No processo moderno, a atividade probatória tem como destinatários além do juiz, as partes, os tribunais<sup>272</sup>, revelando-se prejudicial o indeferimento de prova que é pertinente, porém “inútil”, sob o fundamento de ter havido a valoração e a formação da convicção do juiz antecipadamente, ainda que favoravelmente à parte que postulou e teve indeferido o pedido de produção de provas. Pode ser citado, como exemplo, o indeferimento de prova oral ou pericial, sob o fundamento de ser a prova documental suficiente à formação do convencimento do magistrado, sendo posteriormente reformada a sentença, com base na assertiva de falta de provas a demonstrar a veracidade da versão dos fatos expostas pelo recorrido. Nesse caso, em virtude da posterior valoração da prova realizada pelo Tribunal, solução diversa foi adotada, tendo sido o recorrido prejudicado, revelando-se nítido o cerceamento de defesa.

Na valoração antecipada para indeferimento da prova há uma confusão entre a fase de seleção das provas a serem produzidas, segundo o critério da relevância e da licitude; e a valoração: a primeira consiste na verificação da pertinência da prova para a demonstração dos pontos controvertidos, e a segunda a atribuição do valor probatório<sup>273</sup> para a formação do convencimento acerca dos fatos relevantes. A denominada valoração antecipada<sup>274</sup>, além de provocar uma confusão das fases de aferição da relevância da prova e da valoração, pode prejudicar a parte, visto que as provas importantes devem constar dos autos para a apreciação pelo órgão *ad quem*, em caso de interposição de recursos. Considerando que as partes também são destinatárias da prova, um acervo probatório mais completo seria apto até mesmo a desestimular a parte contrária de recorrer, especialmente pelo fato de o CPC prever honorários advocatícios em caso de sucumbência recursal.

---

destinatário da prova? In **Direito probatório**. Grandes temas de processo civil vol. 5. Coord. FERREIRA, William Santos et al. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 91-102.

<sup>273</sup> Acerca da relevância e admissibilidade da prova a nortear a seleção dos meios de prova cuja produção será deferida pelo juiz, destaca Michele Taruffo: “*Numa primeira aproximação e com referência à noção intuitiva de relevância e de admissibilidade pela qual a prova é relevante se parece dotada de uma certa utilidade para o accertamento dos fatos sobre os quais se funda a controvérsia e admissível se não contraria as normas que disciplinam os meios de prova*” TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Pádua: CEDAM, 1970. p. 3. Interessante é a seguinte comparação feita por Flavio Yarshell : o indeferimento da produção da prova pelo juiz, por estar o seu convencimento já formado seria o mesmo que terminar o jogo antes do tempo regulamentar, pressupondo que o time vencedor até aquele momento, confirmaria a vitória ao final. YARSHELL, Flavio. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p.169

<sup>274</sup> A questão é tratada por Michele Taruffo. TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Pádua: CEDAM, 1970. p. 76-77.

## 2.5 Da distribuição dinâmica do ônus probatório como concretização do dever de cooperação

A distribuição do ônus da prova é considerada a “espinha dorsal do processo” civil - menção de Leo Rosemberg à expressão cunhada pelo jurista alemão Hamm -<sup>275</sup> dada a sua importância para o julgamento da causa e para condicionar a conduta das partes.

Estruturalmente, o ônus da prova é compreendido sob dois aspectos: i) dimensão subjetiva: regra de conduta (procedimento) destinada a orientar o comportamento das partes (ônus subjetivo, regra de procedimento) para subministrar as provas necessárias ao cumprimento do encargo que lhes compete; e ii) dimensão objetiva: regra de julgamento para permitir ao juiz proferir a sua decisão quando houver incerteza em virtude da precariedade do acervo probatório.

As duas concepções (ônus subjetivo e objetivo) representam faces de um mesmo fenômeno, apresentando relação de complementariedade, motivo pelo qual inexistente razão para se eleger uma única para definir a estrutura do ônus da prova<sup>276</sup>, notadamente no processo de corte cooperativo. O reconhecimento do ônus em seu perfil subjetivo é acompanhado do dever de o juiz informar as partes dos ônus que lhes incumbe em caso de modificação da regra fixa de distribuição do encargo probatório, conforme será visto mais adiante.<sup>277</sup>

A regra geral de distribuição do ônus probatório prevista nos incisos I e II do art. 373 do CPC reproduz aquela prevista no art. 333 do CPC/1973: ao autor cabe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito; e ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>275</sup> Leo Rosemberg cita a expressão utilizada pelo jurista alemão Hamm no seguinte excerto de sua obra: “*Por eso, quizá se diga demasiado al sostener que “la imposición de la carga de la prueba” equivale a la mitad de perdida del proceso, pero es correcto afirmar que la teoría de la distribución de la carga de la prueba “es la espina dorsal del proceso civil”*”. ROSEMBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Tradução Ernesto Krotoschin. 2ª edição. Buenos Aires: Júlio Faria Editor, 2002. p. 80.

<sup>276</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e sua modificação no processo Civil brasileiro. **In: Provas: aspectos atuais do direito probatório**. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord). São Paulo: Método, 2009. No mesmo sentido, CAMBI, Eduardo. **Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da prova”. In: **Temas de direito processual civil**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 74-75.

<sup>277</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª edição São Paulo: RT, 2011. p.140.

Trata-se de regra de distribuição do encargo probatório em conformidade com a posição da parte e a categoria do fato que se objetiva provar.

Uma regra geral estática de distribuição do encargo probatório é imprescindível para permitir que as partes se planejem, sabendo de antemão como estruturar as suas manifestações em juízo, exercer as iniciativas probatórias. Tal preceito atende, pois, ao princípio da segurança jurídica, conferindo a necessária previsibilidade para a prática dos atos processuais.

Nessa diretriz, Leo Rosemberg<sup>278</sup>, na década de 50 do século passado, já alertava ser necessária uma regra rígida invariável da distribuição do ônus da prova como um postulado de segurança jurídica.

Entretanto, o § 1º do art. 373 do CPC prevê a possibilidade de, excepcionalmente, o juiz proceder à dinamização do ônus probatório, para que este recaia sobre a parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova, quando a parte ordinariamente onerada não tenha como produzi-la (prova diabólica), possua extrema dificuldade em fazê-lo (prova difícil) ou haja a maior facilidade da outra parte em produzi-la (critério da facilidade).

Os requisitos, pois, são alternativos<sup>279</sup>: a) assimetria de poder probatório (impossibilidade ou extrema dificuldade de uma das partes produzir a prova); ou b) maior facilidade de uma das partes, devendo restringir-se aos fatos ou circunstâncias e não a todo material fático<sup>280</sup>.

Em virtude do princípio da cooperação, é prevista a possibilidade de modificação do encargo probatório em razão da maior facilidade em produzir a prova, nos termos do §1º do art. 373 do CPC.

Nesses casos, conquanto a parte onerada, segundo a regra geral prevista nos incisos I e II do art. 373, possa trazer ao processo os elementos de prova que lhe incumbe, o outro

---

<sup>278</sup> ROSEMBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2ª edição em castelhano, trad Ernesto Krotochim. Buenos Aires: Julio Cesar Faria editore, 2002. p. 85.

<sup>279</sup> Adotando o entendimento de que os requisitos são cumulativos, William Santos Ferreira destaca: “*Um das primeiras dificuldades na definição dos requisitos está em que aparente literalidade do § 1º do art. 373 é utilizada a partícula disjuntiva “ou”, porém cada um dos requisitos se refere a uma parte( onerado estaticamente e não onerado), não sendo admissível, por exemplo, se os elementos justificadores da distribuição dinâmica são o princípio da igualdade e o estímulo à colaboração para a busca da verdade, se uma prova não é impossível para uma parte, não é compatível transferir o ônus para outra.(...) Diante disto, são cumulativos os requisitos.*” FERREIRA, William Santos. **Comentários ao novo CPC**. Coord ALVIM, Tereza Arruda et AL. 1a edição. São Paulo: RT, 2015, p. 1007-1008.

<sup>280</sup> PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir en materia jurídica, in **Cargas probatórias dinâmicas**. Director PEYRANO, Jorge W e WHITE, Inés Lépori. 1ª edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2008. p. 95.

litigante se encontra em uma posição mais fácil, sendo menos gravoso, ou mais rápido<sup>281</sup> carrear tais provas aos autos. Há uma maior proximidade da parte adversa com os meios de prova, justificando a atribuição do encargo probatório.

A redação do o § 1º do art. 373 do CPC adotou expressamente a doutrina das “cargas dinâmicas da prova”, desenvolvida por Jorge W. Peyrano<sup>282</sup> e Julio O. Chippini como “válvula de escape do sistema”<sup>283</sup> - aplicável quando se verifique assimetria de poder probatório, para atribuir o encargo probatório à parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova.

Saliente-se, entretanto, que a distribuição dinâmica é subsidiária, excepcional<sup>284</sup>, aplicável quando a regra ordinária de repartição do encargo probatório possa conduzir a injustiças no caso concreto. Os primeiros casos de aplicação da dinamização do ônus da prova na jurisprudência argentina envolviam discussão de responsabilidade civil médica, em que o domínio das informações, a posse de prontuários médicos pelo hospital ou pelo médico

<sup>281</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a regra de dinamização do encargo probatório com base na maior facilidade visa a atender ao princípio da economia processual. MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Curso de processo civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p 267. Suzana Mendez explica que o fundamento da regra de dinamização com base na maior facilidade é a boa-fé, pois embora a parte ordinariamente onerada possa trazer aos autos a prova, a outra parte se encontra em condições tais que lhe mais fácil, menos gravoso, mais rápido carrear tais elementos probatórios aos autos. MÉNDEZ, Susana Pazos. Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. In: **Objeto y carga de la prueba civil**. LLUCH, Xavier Abel; JUNOY, Joan Picó I. Barcelona: Bosch Procesal, 2007. pp. 77-100.

<sup>282</sup> “Por cierto que lo que se denomina “carga probatoria dinámica” ha sido objeto de otras terminologías tales como de la “mayor facilidad probatoria” o de la “solidaridad en el terreno de la prueba”, pero creemos que la primera es la más utilizada en nuestro medio. Cabe insistir en que la doctrina que nos ocupa no involucra una inversión probatoria total sino que se limita a operar sobre la acreditación del factor de atribución; manteniéndose en pie en lo demás el onus probandi estipulado ortodoxamente. Sobre el particular, se ha dicho: “El aligeramiento probatorio que involucra solo opera en algunas áreas (especialmente, en lo que atañe al factor de atribución) y no en todas. Así, el demandante por una mala praxis quirúrgica correrá con la carga de probar varios puntos (que la intervención quirúrgica respectiva se realizó en tal o cual lugar, que los daños sufridos existieron y fueron tales o cuales, etc.) y el cirujano únicamente deberá alegar y demostrar las razones exculpatórias que le asisten. PEYRANO, Jorge Walter. “La carga de la prueba” Disponível em <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>. Acesso em 15/01/2017.

<sup>283</sup> Luiz Eduardo Boaventura Pacífico menciona a metáfora utilizada por Peyrano em sua obra *La carga de la prueba Ônus da prova*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p. 226.

<sup>284</sup> Informes sobre la doctrina de Las cargas probatorias dinamicas. **O processo em perspectiva**. Jornadas brasileiras de Direito Processual.coord MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1ª edição. São Paulo: RT, p. 220. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura menciona a metáfora utilizada por Peyrano em sua obra *La carga de la prueba Ônus da prova*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 226.

tornava impossível ao autor da ação arcar com o ônus de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, necessário ao êxito na demanda<sup>285</sup>.

Considerando o caráter excepcional e subsidiário da modificação do encargo probatório, tem o juiz o ônus argumentativo<sup>286</sup>, ou seja, deve demonstrar existirem razões mais fortes para, afastar a preferência normativa indicada pela regra geral (art. 373, *caput*, do CPC) por meio de uma motivação analítica, indicando os elementos probatórios que não podem ser carreados pela parte ordinariamente onerada ou que possam ser facilmente aportados pelo outro contendor.

A modificação da repartição do encargo probatório deve ser realizada em momento no qual seja possível desincumbir-se a parte do ônus, ou seja, preferencialmente até a decisão de saneamento<sup>287</sup>. Esse último requisito deriva dos princípios da ampla defesa e do contraditório,

<sup>285</sup> Sobre os precedentes jurisprudenciais acerca da aplicação da teoria da carga dinâmica da prova em ações versando sobre responsabilidade civil médica, averba Jorge Peyrano: “ En el plano jurisprudencial, el más remoto precedente de la doctrina en comento proviene de la justicia civil rosarina y data de 1978. Se trataba de un caso de mala praxis medica cirúrgica. Luego, y em este mismo sentido y materia, se alista una nutrida nómina de resoluciones judiciales. PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir em materia jurídica, in **Cargas probatórias dinámicas**. Director PEYRANO, Jorge W e WHITE, Inés Lépori. 1ª edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2008.p. 85.

<sup>286</sup> Acerca do ônus argumentativo, exigido para afastar as opções, preferências normativas, Antonio Cabral explica: “Todavia, posto que não definitivas, as prioridades normativas têm o efeito de impor um ônus ou peso argumentativo (*argumentationslast*) em prol do interesse aprioristicamente protegido ou priorizado pelo legislador. Se o magistrado desejar infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado. O juiz deve ter “razões mais fortes” para inverter no caso concreto, a direção apontada pela norma”. CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno. Contraditório. Proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 195-196.

<sup>287</sup> No sentido de que a inversão do encargo probatório deve ocorrer, preferencialmente, até o saneamento do feito, decidiu a 2ª Seção do STJ, no julgamento dos embargos de divergência no Recurso Especial n.422778/SP, cuja ementa é a seguinte : “Embargos de embargos de divergência. Inversão do ônus da prova do Código de Defesa do consumidor. Lei 8.078/90, art. 6º, INC. VIII. Regra de instrução. Divergência configurada.1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). **Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de**

na medida em que evita que a parte seja surpreendida com a decisão desfavorável pelo fato de não ter se desincumbido do ônus probatório.

Por esse motivo, em linha de princípio, deve ser a dinamização do ônus da prova realizada até o saneamento do feito, ocasião em que há a organização da atividade instrutória, permitindo que as partes se planejem quanto às suas condutas futuras.

Excepcionalmente, poderá a dinamização ocorrer após o saneamento do feito, quando a hipossuficiência for verificada posteriormente, desde que assegurada a possibilidade de produzir a prova<sup>288</sup> pela parte onerada.

Registre-se, que deve ser a aplicação da dinamização do encargo probatório restrita ao (s) fato (s) ou fatos, cuja prova seja excessivamente difícil ou impossível a uma das partes<sup>289</sup> ou haja maior facilidade da outra parte em produzi-la.

Por outro lado, não se deve proceder à inversão, quando haja absoluta impossibilidade de produção da prova (prova diabólica) pela parte à qual foi atribuído o encargo probatório.

A ideia de uma distribuição flexível, dinâmica de acordo com as peculiaridades do caso não é novidade, pois Jeremy Bentham e Demogue<sup>290</sup> já defendiam uma regra geral flexível de atribuição do encargo probatório, realizada pelo juiz de acordo com as especificidades do caso concreto.

Todavia, a concepção de distribuição flexível do encargo probatório nos moldes propostos por Bentham e Demogue gerava extrema insegurança, pois inexistia uma regra geral estática de repartição do encargo probatório.

De fato, em nome do princípio da segurança jurídica, é inquestionável que a regra geral de distribuição do encargo probatório deve ser, em princípio, aquela estabelecida pelo legislador no *caput* do art. 373 do CPC, para conferir previsibilidade aos sujeitos do processo,

---

**oportunidade"** (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).5. Embargos de divergência a que se dá provimento. 2ª Seção do STJ, relatora para acórdão Min Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/02/2012, publicado no DJE de 21.06.2012. Negrito acrescido.

<sup>288</sup> MACÊDO, Lucas Buriel e PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 195.

<sup>289</sup> PEYRANO, Jorge Walter. **Informes sobre la doctrina de Las cargas probatorias dinamicas. O processo em perspectiva**. Jornadas brasileiras de Direito Processual.coord MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1ª edição. São Paulo: RT, p. 220. PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir em materia jurídica, in **Cargas probatórias dinâmicas**. Director PEYRANO, Jorge W e WHITE, Inés Lépori. 1ª edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2008 p. 95.

<sup>290</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p. 223.

permitindo que se planejem, fazendo um prognóstico da atuação dos demais personagens para a elaboração das estratégias processuais.

Michele Taruffo dirige contundentes críticas à distribuição dinâmica do ônus da prova, porquanto violaria as regras mais elementares do contraditório, com base nas quais as partes devem saber antecipadamente em tempo útil os critérios aos quais deveriam ater-se na predisposição de suas iniciativas probatórias<sup>291</sup>. Nessa toada, entende ser assaz perigosa a modificação pelo juiz da distribuição do encargo probatório, visto que tal atuar determina o êxito da demanda, trazendo incerteza e aleatoriedade ao processo.<sup>292</sup>

Não obstante as referidas críticas, entendemos que a solução preconizada pelo CPC representa um ponto de equilíbrio entre segurança, justiça e igualdade: ao estabelecer uma regra geral estática de repartição do encargo probatório nos mesmos moldes daquela prevista no art. 333 do CPC/1973, atende aos reclamos de segurança e previsibilidade, porém permite, por meio de aplicação de norma de caráter subsidiário, excepcional, a modificação da distribuição do encargo probatório, quando a aplicação da regra ordinária de repartição do ônus da prova conduzir a desfecho injusto no caso concreto<sup>293</sup>.

Em virtude do princípio da cooperação, é prevista a possibilidade de modificação do encargo probatório por força da maior facilidade em produzir a prova, nos termos do art. 373, §1º, do CPC.

Nestes casos, conquanto a parte onerada, segundo a regra geral prevista nos incisos I e II do art. 373, possa trazer ao processo os elementos de prova que lhe incumbe, a parte adversa se encontra em uma posição mais fácil, sendo menos gravoso, ou mais rápido<sup>294</sup>,

<sup>291</sup> TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. In: **Revista eletrônica de Direito Processual REDP**. Ano 7, Volume XI, jan/junn. 2013.p. 430-431 Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em 30/11/2016. No mesmo sentido, RAMOS, Vítor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 119.

<sup>292</sup> TARUFFO, Michele. *Op citada*. p. 420-431.

<sup>293</sup> “O ajuste dinâmico dos ônus probatórios permite ultrapassar as esquadrias da igualdade meramente formal para atingir seu módulo substancial”. CARPES, Arthur. **Prova e participação no processo civil: o ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação de mestrado. Orientador Danilo Knijnik. Porto Alegre: UFRS, 2008, p.86.

<sup>294</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero a regra de dinamização do encargo probatório com base na maior facilidade visa a atender ao princípio da economia processual. MARINONI, Luiz Guilherme et al. Curso de Processo civil. 1ª edição. Vol II São Paulo: RT, 2015. p 167. Suzana Mendez explica que o fundamento da regra de dinamização com base na maior facilidade é a boa-fé, pois embora a parte ordinariamente onerada possa trazer aos autos a prova, a outra parte se encontra em condições tais que lhe mais fácil, menos gravoso, mais rápido carrear tais elementos probatórios aos autos. MÉNDEZ, Susana Pazos. Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. In: **Objeto y carga de la prueba civil**. LLUCH, Xavier Abel/PICÓ I JUNOY, Joan. Barcelona: Bosch Processal, 2007, p. 77-100.



carrear tais provas aos autos. Há uma maior proximidade da parte adversa com os meios de prova, justificando a atribuição do encargo probatório.

Neste particular, questão tormentosa é a relativa à possibilidade de valorar a conduta da parte contrária à boa-fé para dinamizar o encargo probatório, atribuindo-lhe o ônus da prova.

Na doutrina, Humberto Theodoro Jr.<sup>295</sup> defende a possibilidade de dinamização do ônus da prova em outra hipótese, além daquelas previstas expressamente no §1º do art. 373 do CPC: quando houver comportamento processual ofensivo à boa-fé, desde que presente a verossimilhança da versão apresentada pelo outro contendor. Explica o referido doutrinador que não se trataria de revogar o sistema de Direito positivo, mas de complementá-lo à luz dos princípios inspiradores do processo justo, “*comprometido, sobretudo com a busca da verdade real, e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional.*”<sup>296</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart aludem à possibilidade de valorar a conduta da parte para inverter o ônus da prova quando há negativa de produção de prova pericial médica no bojo de ação de investigação de paternidade<sup>297</sup>.

Consoante já mencionado no item 2.1 do presente capítulo, Artur Carpes<sup>298</sup> defende, no caso de prática de conduta desleal, que inviabiliza a produção da prova, a possibilidade de imposição de ônus à parte que violou o direito fundamental à prova do outro contendor.

Ainda sob a égide do CPC/1973, Danilo Knijinik defendia a possibilidade de dinamização do encargo probatório nos casos de hipossuficiência probatória ou inacessibilidade da prova por conduta desleal da parte adversária<sup>299</sup>.

<sup>295</sup> Humberto Theodoro Jr refere-se à valoração judicial da conduta da parte em juízo para dinamizar o ônus da prova, vez que faz expressa menção em nota de rodapé ao texto Caráter probatório da conduta da parte. CAMBI, Eduardo, Revista de processo 201, nov2011. p. 97. THEODORO JR, Humberto. **Direito processual civil**. Vol. I. 57ª edição. Rio de Janeiro: forense, 2016. p. 904

<sup>296</sup> THEODORO JR, Humberto. *Op citada*. p. 904

<sup>297</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Prova e convicção**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015.p. 224.

<sup>298</sup> CARPES, Artur. **Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**. Orientador Danilo Knijinik. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRS, 2008. p. 99. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf?sequence=1> acesso em 21/11/2016 p. 99.

<sup>299</sup> KNIJINIK. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). **Processo e Constituição - Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v., p. 942-951. p. 946.

Em linha de princípio, Ravi Peixoto e Lucas Buriel Macêdo<sup>300</sup> posicionam-se contrariamente à esta ampliação das hipóteses de dinamização do encargo probatório, sob o fundamento de que a modificação do ônus da prova não poderia ser imposta como sanção ao litigante desleal, visto que mais adequada seria a aplicação de outras sanções, como multas.

Ressalvam, contudo, a possibilidade de a conduta contrária à boa-fé autorizar a dinamização do ônus probatório<sup>301</sup>, quando houver obstrução da produção probatória, caso em que restaria configurada uma desigualdade informacional.

Concluem que não seria propriamente a conduta desleal, contrária à boa-fé, que ensejaria a modificação da distribuição do encargo probatório, mas apenas na medida em que o ato violador gerou a impossibilidade de a parte ordinariamente onerada de se desincumbir a contento de seu ônus probatório<sup>302</sup>. Nessa perspectiva, a causa da dinamização do encargo probatório seria a assimetria informacional, hipótese prevista no §1º art. 373 do CPC.

Quanto à necessidade da presença da verossimilhança defendida por Humberto Theodoro Jr, posicionam-se contrariamente à imposição do referido requisito, que não consta do texto legal<sup>303</sup>. No entanto, advertem que tal conclusão não significa a admissão de dinamização do ônus da prova em casos de situações fáticas absurdas, porquanto somente seria dispensável um grau de convencimento específico para a utilização da técnica da dinamização.

Como será visto no próximo capítulo, no item 4.3.2, entendemos que, no caso da prática de conduta de obstrução probatória (conduta oclusiva, na classificação de Luis Muñoz Sabaté), que inviabiliza a produção de prova, a conduta da parte desleal pode ser valorada para firmar presunção desfavorável como sanção pelo descumprimento do dever de cooperação e de seguir os ditames da boa-fé, porquanto suprime o direito constitucional à prova da parte contrária.

---

<sup>300</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 176.

<sup>301</sup> “De todo modo, nesses casos, a conduta desleal e violadora da boa-fé da parte estaria diretamente ligada a questões probatórias, que demonstrariam que há desigualdade informacional. A dinamização, neste caso, é provocada pela desigualdade informacional que o juiz tem conhecimento pela violação da boa-fé. A dinamização, no entanto, não é provocada propriamente pela violação da boa-fé, mas apenas porque o ato violador gera uma situação em que a parte lesada não possui condições de se desincumbir do ônus da prova.”

<sup>301</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de, PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 176.

<sup>302</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Op citada* p. 176.

<sup>303</sup> *Ibidem* p. 175.

Embora o mecanismo de facilitação probatória da presunção permita que se considere demonstrado o fato que se pretendia provar, entendemos que não seria uma hipótese de dinamização do encargo probatório nos moldes previstos no §1º do art. 373 do CPC, consoante será analisado no item 4.3 do capítulo 4.

### 3 DA VALORAÇÃO JUDICIAL DA CONDUTA PROCESSUAL DA PARTE

Dentro de um processo cooperativo, caracterizado pela corresponsabilidade dos sujeitos processuais, as situações jurídicas processuais devem ser exercidas de forma leal, em consonância com os ditames da boa-fé e da cooperação.

Desse modo, ao longo da marcha processual o juiz pode valorar positivamente ou negativamente o comportamento das partes. Conforme a justificativa apresentada na introdução, em virtude do corte epistemológico do objeto da pesquisa, será analisada somente a valoração da conduta contrária aos ditames da boa-fé e ao princípio da cooperação.

O escopo do presente capítulo é definir a natureza jurídica da valoração judicial da conduta das partes, esmiuçar a sua estrutura- sujeitos, objeto, natureza jurídica, bem como realizar a pesquisa acerca do tema no direito estrangeiro.

#### 3.1 Elementos estruturais

##### 3.1.1 Sujeitos

Conquanto até se admita excepcionalmente, em sede doutrinária, a valoração de conduta de terceiro no processo para aplicação de efeitos desfavoráveis<sup>304</sup>, o foco do estudo é a eficácia probatória dos atos praticados pelas partes no processo, revelando-se imprescindível, para tanto, a exposição da definição de parte.

---

<sup>304</sup> Nesse sentido manifesta-se Miryam Balestre Faure: “ Sobre esta línea de pensamiento, estamos listos para afirmar - fijando posición - ue la conducta desarrollada em cuaquiera de las etapas de ljuicio, tanto si proviene de las partes y sus abogados, como de los terceros involucrados de cierta maera en él, pude-y deber ser objeto de valoración judicial en tanto resulte conducente a los fines públicos y privados del proceso.

FAURE, Miryam Balestre. “La valoración judicial de la conducta en juicio. **Valoración de la conducta procesal**. Coord. PEYRANO, Jorge W et Al. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 26. Ressalta a referida doutrinadora argentina, contudo, a excepcionalidade da valoração da conduta empregada pelo terceiro. Op citada. p. 96. Entendemos que a parte, em princípio, não pode ser responsabilizada por descumprimento do dever de colaboração de terceiro. Caberia, apenas a aplicação de multa ao terceiro desleal. Nesse sentido, MACÊDO, Lucas Buril e PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 189.

O conceito de partes é puramente processual, porquanto desvinculado da aferição da relação jurídica de direito material<sup>305</sup>.

Dentre os diversos conceitos admitidos pelo direito positivo, o que conta com maior adesão é o de Giuseppe Chiovenda, segundo o qual “*parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou, em cujo nome é demandada) a atuação dum vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.*”<sup>306</sup>.

No entanto, tal definição é insuficiente para o estudo da valoração da conduta das partes, por ser demasiadamente restritivo.

Para o estudo da valoração da conduta da parte, o conceito mais adequado é o de Enrico Tullio Liebman, que considera como partes “*os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz*”<sup>307</sup>, por abarcar também os intervenientes, assistentes, que, indubitavelmente, podem incorrer na prática de atos atentatórios aos princípios da boa-fé e da colaboração para obter êxito na defesa de seus interesses em juízo. Excluir a possibilidade de valorar a conduta dos intervenientes, é estimular a adoção por estes de condutas processuais desleais.

Quanto aos terceiros, que não integram formalmente o processo, em regra, não podem ter suas condutas valoradas pelo Juiz. O fundamento é claro: a parte beneficiada pela conduta do terceiro, não poderia ser responsabilizada, sofrer prejuízo processual em razão de ato de outrem, salvo se fosse comprovado o conluio, com o propósito de obstruir a produção de provas, omitir informações e documentos relevantes<sup>308</sup>.

Nesse passo, a doutrina tem admitido, excepcionalmente, a valoração da conduta de terceiro. Jorge Walter Peyrano e Miryam Balestre Faure defendem que a obstrução probatória

<sup>305</sup> No entanto, há a necessidade de análise da legitimidade *ad causam* à luz da relação jurídica de direito material afirmada na petição inicial. Tal constatação não afasta a natureza puramente processual do conceito de parte, vez que a posição do sujeito em relação ao direito material, a sua legitimidade, não tem relevância para definir a sua condição de parte. Tratam-se de conceitos independentes. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2005. p.246 MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Curso de processo civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.78.Vol. II.

<sup>306</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de processo civil**. Volume II. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1969. p.234. Filiam-se a esse entendimento Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para os quais o conceito chiovendiano tem o mérito de traçar razoavelmente uma linha distintiva entre os sujeitos parciais considerados como partes e aqueles outros, que são tratados com terceiros pela nossa legislação. **Curso de processo civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.79.Vol II.

<sup>307</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2005.p123. Cândido Rangel Dinamarco perfilha tal orientação. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 241. Nesse sentido é o entendimento de ABDO, Helena ao estudar os sujeitos do abuso do direito **O abuso do processo**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2007.p. 49.

<sup>308</sup> MACÊDO, Lucas Buril, PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 189.

praticada por terceiro é suscetível de gerar convicção judicial, quando há um vínculo com a parte a quem a conduta aproveita<sup>309</sup>.

No mesmo sentido, Eduardo Cambi reconhece a possibilidade de valorar a conduta de terceiro não demandado, porém ligado a uma das partes. Cita, como exemplo, a possibilidade de valorar a conduta de médico que pratica obstrução probatória, ao se recusar a fornecer informações referentes a paciente, no curso de ação de responsabilidade civil por erro médico, em que figura como demandado apenas o Hospital<sup>310</sup>.

Irrelevante é o fato de ter sido a conduta processual praticada pelo advogado<sup>311</sup>, pois a parte é a responsável pela contratação do profissional que praticou conduta contrária à boa-fé.

Destarte, tal alegação não a exime de sofrer os efeitos desfavoráveis da valoração da conduta no curso do processo, restando-lhe apenas propor demanda para a condenação do advogado a ressarcir eventuais danos materiais e morais, sem prejuízo de representação formulada junto à OAB<sup>312</sup> para a aplicação de sanção disciplinar.

---

<sup>309</sup> Para ilustrar seu entendimento, Myriam Balestre Faure cita o denominado “caso Alessi”, um julgado da 4ª da Câmara de apelação de Rosário proferido numa ação de habeas data para retificar informações referentes a uma dívida inexistente com o Banco Francês, registrada no banco de dados de crédito gerido pela org Veraz, ré no processo. O banco francês, que era terceiro no processo, não colaborou, nada afirmando sobre a existência da dívida. Assim, o Tribunal valorou a conduta do terceiro para gerar a convicção judicial no sentido da procedência da pretensão autoral. Considerou-se a natureza da atividade empresarial desenvolvida pela org. Veraz, e os riscos assumidos pelo exercício de referida atividade. La valoración de la conducta en juicio. FAURE, Myriam Balestre. In: **Valoración de la conducta procesal**. Org. PEYRANO, Jorge W. et al. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p.43.

<sup>310</sup> CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014. p. 96.

<sup>311</sup> Conforme bem averba Eduardo Cambi: “Ademais, se a conduta da parte foi direta ou indiretamente causada por seu advogado, mesmo assim, tal comportamento deve ser valorado. Isso porque foi a parte quem contratou o advogado, e a parte contrária não pode ser prejudicada pela má-fé do seu adversário, ainda que tenha agido sob a influência de terceiro. Caberá à parte prejudicada pela influência, direta ou indireta, do advogado buscar a reparação de perdas e danos, bem como a sua responsabilização pelo Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)” Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e teoria narrativista do Direito”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, nº 57, Dez 2013. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html) > Acesso em: 18 jul. 2016. No mesmo sentido, GORLA, Gino. Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice. **Rivista di Diritto processuale civile**. Ano 1935. Volume XII. Parte II. Pádua: CEDAM, 1935. p

<sup>312</sup> CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014. p. 96.

### 3.1.2 Objeto: exercício de posições jurídicas contrárias aos deveres de colaboração impostos pelos princípios da boa fé e da cooperação

No âmbito processual a doutrina tem preferido conceber os atos jurídicos processuais, como atos que exteriorizam o exercício de situações jurídicas processuais, valendo-se da concepção elaborada por James Goldschmidt<sup>313</sup> com base no conceito de Joseph Kohler,<sup>314</sup> para considerar os direitos processuais dentro de uma perspectiva dinâmica<sup>315</sup>.

Sob a ótica de James Goldschmidt, os vínculos jurídicos que nascem no processo não são relações jurídicas, mas sim situações jurídicas processuais (expectativas, possibilidades e ônus)<sup>316</sup>. Todo Direito em sentido material (estático) é um domínio sobre algo, enquanto o direito processual é uma expectativa de obter algo (dinâmico)<sup>317</sup>, porquanto incerto o reconhecimento do direito invocado.

Dessa forma, a situação jurídica é a expectativa de a parte obter uma sentença favorável aos interesses da parte<sup>318</sup>. Esta expectativa pode ser mais ou menos segura, dependendo do cumprimento ou não do ônus processual.

Apesar de defender James Goldschmidt a concepção do processo como situação jurídica e não como relação jurídica, é possível conciliar a admissão do processo como relação jurídica, com a existência de situações jurídicas processuais<sup>319</sup>.

<sup>313</sup> ABDONADO, Helena Najjar. O abuso do processo. 1ª edição. São Paulo: RT, 2007.p 59. SICA, Heitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 1ª edição. São Paulo: atlas, 2006. p.97.

<sup>314</sup> Segundo Goldschmidt, Kohler cunhou o conceito de situação jurídica processual, vendo nesta uma relação jurídica imperfeita, um conceito especificamente de direito processual. GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2009 p. 17.

<sup>315</sup> Interessante, a esse propósito, é a observação de Paula Costa e Silva: “ *A análise da construção de Goldschmidt permite-nos chegar a uma conclusão quanto ao modo como este autor vê o processo. Em momento algum o concebe como realidade estática. Mesmo quando qualifica como uma Rechtslagen não quer com isto integrá-lo na categoria das situações jurídicas. Quer transmitir a ideia de processo enquanto realidade em evolução permanente. O processo é uma sucessão de Rechtslagen, porque a Rechtslagen é a realidade existente num dado momento concreto.* ” SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 96.

<sup>316</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2009. p. 17.

<sup>317</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Op citada* p.17.

<sup>318</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Op citada*.p. 17.

<sup>319</sup> Heitor Sica destaca a possibilidade de harmonização do conceito de situação jurídica processual com a ideia de que o processo é uma relação jurídica, na qual os seus sujeitos assumem, recíproca e sucessivamente, várias posições jurídicas: a cada posição assumida, cria-se uma situação jurídica, que, superada, gera uma

Nessa diretriz, Cândido Rangel Dinamarco, ao considerar o processo como entidade complexa, formada pelo procedimento em contraditório e a relação jurídica processual, consegue conciliar a premissa de Oskar Von Bulow, de que há uma relação jurídica entre as partes e o Estado-Juiz, sem desprezar que nesta relação há uma sucessão de situações jurídicas processuais<sup>320</sup> progressivamente criadas e extintas como decorrência da evolução da marcha processual.

Na concepção de Carnelutti as posições jurídicas atribuídas aos sujeitos frente a um conflito podem ser de três espécies: posições jurídicas de necessidade, liberdade e de supremacia. Correlatadamente, as situações jurídicas seriam classificadas em situações jurídicas passivas (necessidade), neutras (liberdade) e ativas (supremacia).

A figura da situação jurídica passiva, a qual corresponde à noção genérica de dever de fazer, seriam três, conforme a classificação de Carnelutti: sujeição, ônus e dever (ou obrigação)<sup>321</sup>. A sujeição, consiste em suportar os efeitos do exercício do poder de outrem em sua esfera jurídica, sem a possibilidade de evitar tal interferência. Consubstanciaria tal situação passiva, a necessidade de obedecer<sup>322</sup>.

Os deveres, “imperativos de conduta no interesse alheio”<sup>323</sup>, quando descumpridos, sujeitam o seu titular a sanções. O ônus, diferentemente, atende ao interesse próprio-imperativos do próprio interesse-, e, portanto, o seu não exercício apenas sujeita o titular ao risco de suportar algum prejuízo processual<sup>324</sup>.

As faculdades, posições jurídicas neutras, caracterizam-se pela liberdade de atuação do sujeito. Neste ponto, discordando da classificação de Carnelutti, melhor seria reconhecer que

---

nova (com as partes novamente em diferentes posições jurídicas). E assim sucessivamente até que o processo chegue ao final. SICA, Heitor. **Preclusão processual civil**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 96. No mesmo sentido ABDO, Helena. **O abuso do processo**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 52-59.

<sup>320</sup> “Mais que um vínculo, resolve-se a relação jurídica processual em um sistema de vínculos(...) Aqui, há uma enorme complexidade de situações, que se desenvolvem ao longo do procedimento e se sucedem à medida que este progride(...) No processo o cumprimento de um ato extingue uma situação jurídica, mas de imediato cria outra, que por sua vez conduz a novo ato, e o novo ato gera nova situação jurídica- e assim sucessivamente até que o processo seja extinto e a tutela concedida, mediante o último ato do procedimento. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p.199.

<sup>321</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale**. 1ª ed. Padova: Cedam, 1936. p. 56.vol I.

<sup>322</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Op citada*. p.56.

<sup>323</sup> Definição apresentada por Cândido Rangel Dinamarco. DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.209.Vol II.

<sup>324</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249 vol II.



a faculdade não se enquadraria propriamente como posição jurídica neutra, vez que geralmente é exercida para obtenção de uma posição de vantagem<sup>325</sup>. Cândido Rangel Dinamarco observa que poucas são as faculdades puras, compreendidas como tal aquelas que, sendo mero permissivos de conduta, não produzem consequências quanto à omissão e seu exercício não gera efeitos na esfera jurídica de outrem<sup>326</sup>.

Os direitos e os poderes são enquadrados como situações jurídicas de vantagem.

O poder é a expressão subjetiva do comando normativo, e, por conseguinte, significa possibilidade de comandar para a composição do conflito de interesses. O direito subjetivo, por sua vez, seria valer-se do referido comando<sup>327</sup>.

Feita essa breve explanação sobre as situações jurídicas processuais, passamos ao objeto de nossa investigação: a aferição das condutas das partes que podem ser valoradas desfavoravelmente no processo.

Para a argentina Misael Alberto, quando a conduta desenvolvida no processo pela parte não corresponder ao descumprimento de ônus e deveres (colaboração) não se deveria valorá-la negativamente. Explica que o exercício funcional de um direito ou de uma faculdade não pode ser interpretado contrariamente a quem o exerce, sob pena de transmutar o exercício de faculdades e direitos em uma espécie de emboscada judicial em prejuízo do litigante.<sup>328</sup>

Parece-nos, contudo, que a conduta a ser valorada desfavoravelmente pode tanto corresponder ao descumprimento de ônus e deveres (situações jurídicas passivas), quanto às situações jurídicas ativas exercidas de forma abusiva. Desse modo, sempre que, no exercício de uma situação jurídica processual ativa (direitos, faculdades, poderes), houver violação dos deveres de colaboração processual, poderá haver a valoração da conduta desfavoravelmente àquele que a praticou. Estar-se-á no campo do abuso do exercício de posições jurídicas processuais.

---

<sup>325</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol I. No contexto da influência, CABRAL, Antonio afirma ter dificuldades em admitir atos absolutamente neutros. **Nulidades no processo moderno**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009 p. 167.

<sup>326</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249. Vol II.

<sup>327</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale**. 1ª ed. Padova: Cedam, 1936. p. 51. Vol I.

<sup>328</sup> ALBERTO, Misael E. Valor procesal de la conducta en juicio. Un aporte más para su consideración como indicio y otras cuestiones más. In: **Valoración de la conducta procesal**. PEYRANO, Jorge W et al. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005. p. 131. No mesmo sentido KIELMANOVICH, Jorge **Teoría de la prueba y los medios probatórios**. 1ª edição. Buenos Aires: Abeledo- perrot, 1996. p.504.

De fato, a matriz comum<sup>329</sup> desses comportamentos processuais das partes, segundo Jorge Kielmanovich, estrutura-se a partir da inobservância do dever de colaborar na produção de provas, o que representa inquestionável ofensa ao princípio da boa-fé. Portanto, mesmo em se tratando de posições jurídicas de vantagem, quando presente a ofensa à boa-fé ou a abusividade em seu exercício, é possível valorá-las desfavoravelmente à parte<sup>330</sup> autora do abuso. Nesse ponto, remissão pode ser feita ao capítulo 1.4, em que foi abordado o tema do abuso do exercício de situações jurídicas processuais ativas. Destacamos, por fim, que a conduta a ser valorada deve ser endoprocessual, razão pela qual excluimos a conduta praticada em outro processo.

A conduta praticada em outro processo será valorada aplicando-se a disciplina da prova emprestada.<sup>331</sup> A conduta extraprocessual, tal como entrevista concedida à imprensa pelas partes do processo, poderá ser carreada aos autos pelos meios de prova típicos e, como tal, deverá ser valorada<sup>332</sup>.

### 3.1.3 Natureza jurídica

<sup>329</sup> KIELMANOVICH, Jorge. Valor probatório de la conducta procesal de las partes. **Debido proceso**. 1ª edição. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003. p. 311.

<sup>330</sup> DIAS, Roberta Benito destaca: “As condutas processuais inadequadas são exteriorização de abuso do direito processual derivam do exercício anormal de situações jurídicas processuais.” **Contribuição do juiz e das partes na instrução processual**. Dissertação de mestrado. Orientador José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: USP, 2014. p.151.

<sup>331</sup> Nesse ponto, CAMBI, Eduardo assevera: “*Ainda, pode-se afirmar que a conduta processual aferida em um outro processo pode ser valorada, desde que se apliquem os mesmos parâmetros das provas emprestadas. Assim, deve-se verificar se a parte contra quem se pretende valorar a conduta teve todas as chances de participar do contraditório no processo de onde se pretende emprestar a prova. Logo, três situações se apresentam: i) se ambas as partes participaram do contraditório no outro processo, admite-se a valoração; ii) se apenas a parte contra quem se pretende valorar a conduta processual participou do contraditório, também é possível a valoração de sua conduta; iii) por fim, se tal parte não integrou a relação processual ou não teve todas as oportunidades para exercer plenamente o contraditório, não será possível valorar a conduta da parte como meio de prova. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito.*” **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html)> Acesso em: 18 jul. 2016.

<sup>332</sup> MEDINA, Paulo Gouveia. “**A prova das intenções no processo civil**” Paulo Gouveia Medina Repro 168 São Paulo: RT, 2009. Fevereiro/2009.

A dificuldade de enquadrar a conduta praticada pelas partes no processo numa única categoria jurídica resulta de sua heterogeneidade<sup>333</sup>, pois, sob tal denominação, são reunidos diversos tipos de comportamento: abarca as respostas apresentadas no interrogatório livre, recusa a participar de inspeções, destruição de provas, oferecimento de defesas manifestamente contraditórias na contestação.

Destarte, o ideal seria não proceder a uma generalização relativamente ao enquadramento em uma única categoria jurídica, visto que a conduta das partes em juízo será meio de prova ou não, dependendo das peculiaridades do caso concreto. Há as condutas absolutamente irrelevantes e aquelas que podem convencer o juiz da credibilidade de determinada prova ou da existência de fato essencial ao julgamento do mérito.

Como a doutrina que trata do tema faz referência à controvertida natureza jurídica do comportamento processual da parte, oportuna é a apresentação das principais correntes de pensamento a este respeito. Ressaltamos, contudo, que relativamente o tema atinente à eficácia probatória será objeto do item 4.3.

O argentino Héctor Cárdenas sustenta que a conduta da parte em juízo seria um ato voluntário que persegue uma finalidade, uma consequência jurídica: o êxito na demanda.<sup>334</sup>

Eduardo Cambi<sup>335</sup> afirma que o comportamento das partes é prova atípica, podendo ser considerado mecanismo de avaliação subsidiária das provas, ou indício que pode ou não conduzir à presunção de fato desfavorável aos interesses do litigante desleal.

De fato, a conduta da parte poderia ser enquadrada como prova atípica ou típica: o comportamento com relevância probatória pode ser prova típica, quando praticado no âmbito dos meios de prova típicos, - como, por exemplo, durante o interrogatório livre, a inspeção

---

<sup>333</sup> PISANI, Andrea Proto. **Lezione di Diritto processuale civile**. 6ª edição. Napole: Jovene, 2014, p. 432-433. Miryam Balestre Faure também ressalta a natureza heterogênea da conduta dos sujeitos do processo: “La conducta de los sujetos que de uno u outro modo participan em el devenir del processo admite esl análisis desde variables tan dispares como tantas son las facetas de la propia naturaleza de la conducta humana y dinámica del proceso judicial”. FAURE, Myriam Balestre. La valoración judicial de la conducta em juicio. Dirigido por ACOSTA, Daniel Fenando. Coord. PEYRANO, Jorge Walter **Valoración judicial de la conducta procesal**. 1ª edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 25.

<sup>334</sup> CÁRDENAS, Héctor. El valor probatorio de la conducta procesal de las partes frente la garantía constitucional de igualdad antela ley in: **Valoración de la conducta procesal**. Dirigido por ACOSTA, Daniel Fenando. Coordinado por PEYRANO, Jorge Walter **1ª edición** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 65.

<sup>335</sup> CAMBI, Eduardo. Curso de **Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014. p.90.

judicial, depoimento pessoal e outros - ou, ao revés, encontrar-se desvinculado de algum meio de prova típico.

João Batista Lopes<sup>336</sup> entende que o comportamento da parte, a rigor, não seria meio de prova atípico nem *sui generis*, mas somente um indício que poderá ser considerado pelo Juiz na prolação da sentença.

Quanto à possibilidade de enquadramento na categoria de indício, oportuna é a menção à conhecida classificação do espanhol Luis Muñoz Sabaté, que insere as condutas das partes no processo na categoria de indícios endoprocessuais.

Perfilhando tal orientação, indícios endoprocessuais seriam dados que servem de lastro para a inferência heurística, porém não tanto em virtude de considerações éticas que imponham como castigo ou prêmio determinadas admissões, mas sim apoiando-se em argumentos de ordem pragmática<sup>337</sup>. Nessa medida, as condutas processuais das partes podem estar dirigidas à vulneração de normas de conteúdo ético ou moral estabelecidas pelo legislador, porém também podem trazer como consequência a impossibilidade de obtenção dos elementos probatórios necessários para alcançar a justa solução da lide<sup>338</sup>.

Na sistemática proposta por Luis Muñoz Sabaté, as condutas das partes aptas a gerar indícios endoprocessuais encontram-se classificadas da seguinte forma: i) as inferências “incriminativas”, obtidas contra a parte que praticou a conduta processual incorreta, desleal; e ii) as inferências favoráveis à parte, partindo da premissa de que seria ilógico que somente a conduta incorreta fosse fonte de argumentos de prova<sup>339</sup>.

Dentro das inferências incriminativas, são inseridas as seguintes condutas processuais adotadas pelas partes<sup>340</sup>:

1<sup>a</sup>) a conduta *omisiva* (negativa genérica, falta de contestação, passividade e ocultação, negligência e na etapa probatória);

2<sup>a</sup>) a conduta *oclusiva* (destruição de provas e negativa de exibição);

<sup>336</sup> LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v, 5, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23097/16450>>. Acesso em 21/07/2016.

<sup>337</sup> SABATÉ, Luis Munõz. **Técnica probatória**. Barcelona: Práxis, 1967. p. 389.

<sup>338</sup> SABATÉ, Luis Munõz. **Técnica probatória**. Barcelona: Práxis, 1967. p. 389.

<sup>339</sup> SABATE, Luis Munõz. Op citada. p.390-391.

<sup>340</sup> *Loc cit.*

3<sup>a</sup>) a conduta hesitativa (manifestações contraditórias, incompatíveis que constituem prova de autocontradição ou de intercadência, rendendo ensejo à teoria dos atos próprios); e

4<sup>a</sup>) a conduta mendaz.

No caso das condutas oclusivas (destruição, de provas, negativa de exibição de documentos) e omissivas, ocorre a impossibilidade de produção da prova por responsabilidade de uma das partes, que deverá ter em seu desfavor uma presunção judicial.

As condutas hesitativas podem ensejar a aplicação do *venire contra factum proprium*, embora a nosso ver, trataria de aplicação da preclusão lógica para tornar ineficaz o ato que contraria o sentido objetivo de um outro ato processual precedente. Poderá também a incompatibilidade, quando residir em alegações probatórias contraditórias, ensejar a aplicação da solução argentina da teoria da intercadência ou contradição, consoante abordado no capítulo 4.

Discordamos da premissa de Luis Muñoz Sabaté<sup>341</sup> de que há a necessidade de distinção entre juízos éticos e pragmáticos, pois o descumprimento de um dever de colaboração no âmbito probatório sempre representa a violação de um dever ético.

Não obstante, não há como deixar de reconhecer o mérito da sistematização dos tipos de comportamento em juízo como indícios endoprocessuais, embora o seu próprio sistematizador seja contrário ao reconhecimento de eficácia autossuficiente aos indícios endoprocessuais hauridos das condutas das partes para a comprovação dos fatos relevantes do processo.

### 3.2 Valoração judicial da conduta da parte no direito estrangeiro

Como a valoração judicial da conduta da parte é pouco estudada no Brasil, imprescindível é a análise dos ordenamentos jurídicos que preveem expressamente a possibilidade de formação do convencimento do magistrado com base na conduta das partes, consultando a produção doutrinária existente sobre tal matéria nos referidos Países.

#### 3.2.1 Itália

---

<sup>341</sup> Nesse ponto, Ernando Devis Echandía diverge da conclusão de Luis Muñoz Sabaté da divisão entre juízo ético e prático nas inferências extraídas da conduta das partes, afirmando que também haveria violação da boa-fé nos casos de negativa à colaboração. ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. 3<sup>a</sup> edição. Buenos Aires: Victor P de Zavallia, 1974. p.681.Tomo II

No artigo 116 do Código de Processo Civil italiano, é consagrado o princípio do livre convencimento motivado, restando consignado que o juiz deve valorar a prova segundo seu prudente convencimento, salvo se lei dispuser de forma diversa.<sup>342</sup> No *Comma 2º* do referido dispositivo legal, consta que o juiz pode extrair argumentos de prova da resposta que as partes apresentam em sede de interrogatório livre, da recusa injustificada em participar de inspeção judicial ordenada pelo Juiz, bem como, em geral, da conduta das partes no processo.

Comentando o referido dispositivo legal, Luigi Paolo Comoglio, Conrado Ferri e Michele Taruffo afirmam serem os casos mais frequentes de comportamentos processuais idôneos a dar lugar a argumentos de prova: a falta de contestação de fatos alegados pela parte adversa, a apresentação de tese de defesa incoerente, o não comparecimento ao interrogatório livre na audiência no processo do trabalho<sup>343</sup>.

Asseveram, contudo, os referidos processualistas italianos ser controvertida a eficácia probatória atribuída aos argumentos de prova extraídos da conduta processual das partes. Na doutrina, prevaleceria o entendimento de serem inaptos a fundarem isoladamente o accertamento do fato, pois seriam elementos acessórios, secundários, desprovidos de autonomia, utilizados pelo juiz para integrar e completar a valoração da prova verdadeira e própria. Destacam, todavia, que a jurisprudência italiana seria menos rigorosa, a este propósito, admitindo o accertamento dos fatos somente em argumentos de prova, contanto que estes sejam claros e significativos.<sup>344</sup>

<sup>342</sup> Art. 116 “ *Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento (1), salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*”.

<sup>343</sup> “*I casi più frequenti di comportamento processuale idóneo a dar luogo ad argomenti di prova sono la mancata contestazione di circostanze di fatto allegate dalla controparte e la prospettazione di tesi difensive incoerenti, oscure o contraddittorie. Si esclude invece che la contumacia di una parte possa dar luogo ad argomenti di prova*”. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI Conrado; TARUFFO Michele. **Lezioni sul processo civile**. 5ª edição. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 509. Vol I

<sup>344</sup> Prosseguindo na lição os mesmos processualistas italianos assinalam : “*Appare controversa la determinazione dell'efficacia probatoria da assegnare agli argomenti di prova. La tesi che pare dominante in dottrina esclude che gli argomenti di prova siano da soli idonei a fondare l'accertamento del fatto : si afferma infatti Che si tratta di elementi di giudizio accessori, secondari e non dotati di autonoma efficacia, di cui il giudice potrebbe servirsi solo per integrare e completare la valutazione delle prove vere e proprie, ma di cui non potrebbe servirsi in mancanza di prove, e tanto meno per contrastare l'esito di prove in senso próprio. Anche quando si equiparano gli argomenti di prova alle fonti i presunzione, in virtù del fatto che entrambi i casi il giudice valuta circostanze sulla base di inferenze induttive, si afferma che comunque l'argomento di prova non è idoneo a a fondare da solo la prova del fatto. La giurisprudenza è invece meno rigorosa a questo propósito, ed ammette che l'accertamento dei fatti possa fondarsi anche soltanto su*

Quanto ao preceituado no artigo 116 do CPC italiano, Sergio Chiarloni<sup>345</sup> destaca que houve ampla discussão parlamentar durante a tramitação do código de processo civil italiano de 1942, cujo projeto preliminar somente estabelecia que o comportamento das partes poderia constituir elemento de convicção (*elemento di convinzione*). Tal expressão foi considerada vaga pela comissão da Assembleia Legislativa, tendo sido sugerida a sua substituição por outra, de modo que o comportamento da parte pudesse fornecer ao juízo uma presunção<sup>346</sup>. No final, contudo, no texto promulgado, preferiu-se inserir a expressão “argumentos de prova”.

A expressão “argumentos de prova”<sup>347</sup> sempre foi objeto de discussão na doutrina italiana, pois da própria interpretação gramatical poder-se-ia argumentar ter o legislador pretendido referir-se a algo diferente da prova.<sup>348</sup>

Giuseppe Ingrao esclarece que a causa do dissenso doutrinário se deve à expressão utilizada pelo legislador no art. 116 *comma* 2º do CPC italiano<sup>349</sup>.

Há remissão ao art. 116 2 do CPC italiano em outros dispositivos do referido Código.

No art. 200 do CPC italiano é prevista a possibilidade de valoração da conduta da parte quando malograda a tentativa de composição amigável.

---

*argomenti di prova, almeno quando questi siano particolarmente chiari e significati*”. COMOGLIO, Luigi Paolo et al. **Lezioni sul processo civile**. 5ª edição. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 509.vol I

<sup>345</sup> CHIARLONI, Sergio. Riflessioni sui limitii del guidizio di fatto nel processo civile. **Rivista trimestrale di procedura civile**. Milão: Giuffrè, 1986. p. 842.

<sup>346</sup> CHIARLONI, Sergio. *Op citada* fl 842.

<sup>347</sup> A expressão “argumentos de prova” não encontra sinônimo em português. Na tradução para o castelhano da obra de Tarufo” La prova dei fatti giuridice” Jordi Ferrer BÉltran nas notas do tradutor adverte o leitor da substituição da expressão argumento di prova pela expressão “inferências probatórias”, ou seja, as inferências obtidas a partir do comportamento da parte referidas no art. 116 2º do CPC italiano, em face da ausência de fórmula equivalente na língua espanhola, a fim de evitar um “giro linguístico”. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 1ª edição Madri: Trotta, 2002. p. 19.

<sup>348</sup> Salvatore Patti, após afirmar que em sede jurisprudencial tem-se equiparado argumentos de prova à prova, reconhecendo-se a aptidão para isoladamente servirem como de fonte de presunção simples, destaca que a doutrina crítica tal orientação, com base nos dados exegéticos e lógicos que se opõem à referida equiparação: “ *Tale orientamento risulta criticato in dottrina, mettendosi in rilievo i dati esegetici e logici che oppongono ala suddeta equiparazione. Si osserva che la legge, com l’espressione <<argomenti di prova>, ha certamente inteso riferirsi ad un quid diverso dalla prova( v.Andrioli, , o d comento al código di procura civile I, Napoli, 1956, 338) e che essi pertanto devono svolgere soltanto una funzione sussidiaria, potendo servire a valutare e quindi eventualmente a rafforzare mezzi di prova ma non a costituire mezzi di prova essi stessi( G Gorla comportamento procesale dele parte e convencimento del giudice in riv di Proc vi, 1935m Ii, 240) PATTI, Salvatore. **Le prove. Parte generale**. Milão: Giufreé editore, 2010. p. 28-29.*

<sup>349</sup> INGRAO, Giuseppe. **La valutazione del comportamento delle parti nel processo tributario**. 1a edição. Milão: Giuffrè editore. p. 157.

Ao tratar de prova produzida em outro processo extinto, o art. 310 do CPC italiano prevê que a valoração desta prova será feita em conformidade com o art. 116, comma 2º.

Destaca Andrea Proto Pisani a heterogeneidade da categoria dos argumentos de prova, enunciando como único ponto em comum a origem processual consubstanciada na referência a fatos representativos ou secundários que se formam no processo.<sup>350</sup>

Antes mesmo da vigência do CPC italiano de 1940, Gorla<sup>351</sup>, em artigo pioneiro publicado na *Revista Trimestrale di Diritto Processuale*, já se manifestava pela possibilidade de a conduta da parte ter alguma eficácia probatória. Afirmava que o comportamento da prova poderia ser meio de valoração da prova e fonte de presunção simples, porém afirmava que habitualmente não teria idoneidade para isoladamente autorizar a formação do convencimento do magistrado, em virtude de sua fragilidade.

Na doutrina italiana, Mauro Cappelletti defendia a autossuficiência dos argumentos de prova, indícios para a formação do convencimento do juiz<sup>352</sup>. No mesmo sentido, Gian Antonio Micheli<sup>353</sup>, Francesco Carnelutti<sup>354</sup>, Salvatore Satta<sup>355</sup>, Virgilio Andrioli<sup>356</sup>.

Piero Calamandrei critica o art. 116, §2º, do CPC italiano por autorizar o juiz a formar o seu convencimento, não tanto com base na verdade dos fatos, mas sim com fulcro na honestidade do litigante. Tal preceito abriria caminho para as influências dos sentimentos, simpatia, tendências políticas, inclinações religiosas na formação do convencimento do magistrado, em detrimento das razões objetivas da causa.<sup>357</sup>

<sup>350</sup> PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6ª edição. Nápoles: Jovene, 2014. p. 433.

<sup>351</sup> GORLA, Gino. Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice. **Rivista di Diritto processuale civile**. Ano 1935. Volume XII. Parte II. Pádua: CEDAM, 1935.

<sup>352</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 85, 90- 91. Tomo I

<sup>353</sup> MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Trad. Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1961. p.149.

<sup>354</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 5ª edição. Campinas: Bookseller, 2005. p.127.

<sup>355</sup> SATTA, Salvatore. **Commentario al codice di procedura civile**. Milão: Vallerdi, 1959 p. 469. v. 1.

<sup>356</sup> ANDRIOLI, Virgílio. **Comento al codice di procedura civile**. 3ª edição. Nápoles: Jovene, 1957. p. 322-323. tomo I.

<sup>357</sup> CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego in **Direito Procesal Civil**. vol. III. Buenos Aires: EJEJA, 1986. p. 291-291.



Carlo Furno<sup>358</sup> defendia que a conduta das partes poderia ser valorada pelo juiz, servindo de fonte ou motivo de prova, subsidiariamente, como indício, devendo, portanto, ser corroborada com outras provas.

No mesmo sentido, Enrico Tullio Liebman esclarece que o legislador:

““quis apenas submeter a regra da livre apreciação todos os aspectos da conduta processual das partes e ao mesmo tempo pedir prudência ao juiz, convidando-o a dar a estes elementos de convicção um valor complementar e subsidiário e não o de prova por si suficiente”<sup>359</sup>.

Do mesmo modo, Crisanto Mandrioli nega a aptidão dos argumentos de prova para constituírem o único fundamento para a comprovação dos fatos, pois somente ofereceriam elementos de valoração de outras provas, não podendo, em regra, servir de via para a presunção judicial. Fundamenta o seu raciocínio na hierarquia tripartite (escala de valores probatórios) de Enrico Tullio Liebman, em cujo vértice repousam as provas legais, no estágio intermediário as provas livremente valoradas, e no grau inferior os argumentos de prova.<sup>360</sup>

Gian Franco Ricci sustenta que os argumentos de prova são instrumentos lógico-críticos para valorar a prova, não ostentando autônoma eficácia probatória<sup>361</sup>. A inferência que parte dos argumentos não conduziriam ao fato ignorado, mas a um fato intermediário.<sup>362</sup>

<sup>358</sup> Expõe o jurista seu entendimento no sentido de a conduta das partes isoladamente não autorizar a formação do convencimento do juízo, devendo ser corroborada por outras provas : “*In tale ipotesi il comportamento serve da fonte o motivo di prova: precisamente, come fatto(1) che ne prova un altro. Si tratterà sempre di un motivo sussidiario, di natura indiziaria, di cui il giudice potrà valersi solo quando concorra con altri motivi della stessa o di diversa índole, e alle condizioni stabilite dalla legge(art.1354, Cod civi);(2)Il comportamento processuale delle parti si presenta così come fondamento di una praesumptio hominis: di fronte alla quale il giudice dovrà serbarsi cauto inn ossequio a quanto la legge esplicitamente gli consiglia*” FURNO, Carlo. **Contributo alla teoria della prova legale**. Pádua: CEDAM, 1940. p. 69.

<sup>359</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de processo civil**. Palmas: Intellectus, 2003. p.94. vol II

<sup>360</sup> MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**. II. Il processo di cognizione. 10ª ed. Torino: G. Giappichelli editore, 1995. p.155. Ao tecer comentários sobre o interrogatório livre, fonte adicional de prova, Michele Michele Taruffo, interpretando o art. 229 conjugado com o artigo 116 comas 2º do CC italiano considera os argomentos di prova, ou seja, elementos posicionados na mais baixa escala de valores probatórios. . **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 69 A despeito desta afirmação, defende que poderia ser fonte de presunção em outras obras, como, por exemplo em TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 194.

<sup>361</sup> Gian Franco Ricci destaca que o papel dos argumentos de prova não seria menor do que o das provas verdadeiras e próprias, e sim diverso, de operar como instrumento lógico- crítico para valorar as provas produzidas : “ *Si é visto come la maggioranza della dottrina, se da um lato non assegna agli argomenti di prova Il ruolo di vere e proprie prove, dall altro sembra però concorde nell attribuire loro, non tanto um ruolo minore, quanto piuttosto um ruolo diverso e cioè quello di operare come strumenti lógico-critici per valutare le prove raccolte.*” RICCI, Gian Franco Prove e argomentos di prove. **Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, dezembro 1998. ano XLII. p. 1094.

Michele Spinelli classifica os argumentos de prova extraídos das condutas das partes como elementos de convencimento, uma prova de segunda categoria, que não poderia conduzir à presunção.<sup>363</sup>

De forma didática, explica Salvatore Satta<sup>364</sup> que da *fattispecie* ora considerada (argumentos de prova) emergiria a distinção entre fontes de prova sobre as quais se pode fundar a prova de determinados fatos relevantes, e as fontes que trazem argumentos de prova, elementos de convencimento. No entanto, assinala que a distinção não se sustenta na medida em que por meio de argumentos de prova se poderia atingir a certeza da ocorrência de determinados fatos essenciais ao julgamento do mérito da demanda<sup>365</sup>.

Comentando o valor dos argumentos de prova aos quais alude o artigo 116, comma 2º, do CPC italiano, Michele Taruffo<sup>366</sup> critica o neologismo criado pelo legislador italiano de 1942 para limitar a eficácia probatória que o juiz poderia atribuir a diversos comportamentos das partes significativos sob o prisma da prova de um fato.

Assevera não ser possível fixar uma eficácia geral pré-determinada dos argumentos de prova: em certos casos o juízo é somente da credibilidade de certa prova; e em outros serve para presumir determinado fato relevante da causa (fato principal), hipótese em que terá força persuasiva suficiente para o julgamento da demanda.<sup>367</sup>

Afirma que uma leitura mais acurada do art. 116, parágrafo 2º, conduz a uma conclusão diversa daquela que é largamente prevalente na doutrina, pois a norma não teria criado um novo meio de prova, mas simplesmente autorizado o juiz a considerar os comportamentos das partes e outras circunstâncias previstas em várias normas, como

---

<sup>362</sup> *Loc cit.*

<sup>363</sup> SPINELLI, Michele. **Las pruebas civiles**. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa America, 1973. p.86.No mesmo sentido, CORDOPATRI, Franco. Presunzione. **Enciclopedia del diritto**. XXXV. Prerogative. procedimento. Milão: Giuffré, 1987. p. 297

<sup>364</sup> Salvatore Satta afirmava: “*La distinzione, considerata in senso strettamente lógico, evidentemente no regge: perché anche attraverso un argomento si può arrivare al giudizio di certezza*”. SATTÀ, Salvatore. **Commentario al codice di procedura civile**. Milão: Valerdi, 1959. p. 468. v. 1.

<sup>365</sup> *Loc cit*

<sup>366</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 194. Ressalta que a intenção do legislador foi a de limitar a eficácia dos argumentos de prova obtidos da conduta processual da parte.

<sup>367</sup> TARUFFO, Michele. Op citada p. 194. TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffré, 2010. Volume: 64, Fascicolo: 4 p. 165-1190.

possíveis premissas de inferência probatória relativa a fatos relevantes para a decisão.<sup>368</sup> Nesse mesmo sentido são as ponderações de Virgilio Andrioli<sup>369</sup>, Marco Tullio Zanzucchi<sup>370</sup> e Vito Gianturco<sup>371</sup>.

Sob essa ótica é que o Juiz, no caso concreto, no âmbito de sua discricionariedade, estabelecerá, em cada caso, se a conclusão desta inferência será suficiente para comprovar os fatos aos quais se referem, ou se deve, ao revés, ser corroborada por outros elementos de prova.

### 3.2.2 Argentina

O art. 163 do Código de Processo Civil y Comercial de la Nación<sup>372</sup> apresenta a seguinte redação:

*“Art. 163. - La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:*

*1) La mención del lugar y fecha.*

*2) El nombre y apellido de las partes.*

*3) La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.*

*4) La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior.*

*5) Los fundamentos y la aplicación de la Ley.*

*Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y*

<sup>368</sup> TARUFFO, Michele. **Considerazioni sulle prove per induzione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** Milão: Giuffrè, 2010. Volume: 64, Fascículo: 4 p. 165-1190.

<sup>369</sup> ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile. Disposizioni generali**, vol. 1. 3ª edição revista. Nápoles: Jovene, 1957 p. 337-339. Destaca o doutrinador italiano os dois perfis de prova dos argumentos de prova – meio de valoração da prova e fonte de presunção : “ Sotto il primo profilo, il comportamento processuale dei contendenti non serve a dedurre o meno, l’esistenza del fatto affermato in giudizio, ma soltanto a fornire i mezzi per la deduzione: come notava giustamente Gorla, al contegno processuale à riconosciuta, in tal modo, una eficácia subsidiária, perchè da esso si traggono elementi per criticare o per rafforzare la convinzione, che il giudice può trarre esperimento di certi incerti istruttori, mentre gli è negata efficaci probatória direta. Sotto il secondo profilo, invece, il contegno processuale delle parti somministra presunzioni, se ed inn quanto corrispondano ai requisiti indicati nell’art. 1354 Co. Civ 1865(= art. 2729 Cod Cv) e nei limiti entro i quali è ammissibile la prova testimoniale. Op citada p. 338-339.

<sup>370</sup> ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile. (introduzione e parte generale)** 6ª ed. Milão: Giuffrè, 1964. p. 15 e 393-394. Vol I.

<sup>371</sup> GIANTURCO, Vito. **La prova indiziaria.** 1ª ed. Milão: Giuffrè, 1958.p 66.

<sup>372</sup> Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar>. Acesso em 14/01/2017.

*concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.*

*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”.*

Após tecer críticas à localização do dispositivo no Código de Processo Civil da Argentina, que deveria constar do capítulo relativo às provas<sup>373</sup>, Mario Masciotra elogia a previsão expressa da valoração da conduta das partes pelo Juiz, a fim de que estas se convençam de que a honestidade é um bom negócio, conhecendo de antemão as consequências de suas condutas.<sup>374</sup>

Fernando Heñin<sup>375</sup> registra que a regra do art. 163, inc. 5º, último, do CPC nacional argentino, é objeto de crítica da doutrina com absoluta razão por outorgar valor de mero elemento de convicção corroborante das provas produzidas nos autos, o que limitaria consideravelmente seu âmbito de aplicação e o mais importante: a sua transcendência processual. Ressalta a virtude da regra nacional expressa no art. 163, inciso. 5º, por assegurar às partes o conhecimento das consequências da conduta processual, esclarecendo como incidirá no ânimo do julgador, a fim de que estes não se recusem a utilizar esta poderosa ferramenta processual como elemento para dissuadir os litigantes de cometer alguma deslealdade processual.

Em face da redação do art. 163, inciso 5º, do Código de Processo Civil argentino, Daniel Acosta<sup>376</sup> defende que a conduta da parte poderia ser fonte de prova, desde que corroborada por outras provas.

<sup>373</sup> Daniel Acosta também dirige críticas à previsão da regra do art. 163, que deveria constar do capítulo de provas. La conducta de las partes como concepto atinente a la prueba. ACOSTA, Daniel. **La valoración de la conducta de las partes**. Coord Jorge W Peyrano. 1ª edição. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.p. 89.

<sup>374</sup> MASCIOTRA, Mario. **La conducta procesal de las partes**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005. p. 128.

<sup>375</sup> HEÑIN, Fernando Adrián. Valoración judicial de la conducta procesal. **Revista de proceso**. Vol 170/2009. São Paulo: RT, 2009.

<sup>376</sup> “Coincidimos con las reflexiones de Kielmanovich em relación al artículo 163, inciso 5º Del CPCCN al expresar que : Lo que sucede, a nuestro modo de ver las cosas, es que el artículo 163, inciso 5º Del Código Procesal , regula a la prueba a partir de la denominada presunción polibásica, esto es, de la extraída de una serie de hechos que individualmente no representan al hecho objeto de la prueba sino que em su conjunto convergente y concatenado, sin que de esto se siga, empero, que por ello se excluye a la presunción monobásica como prueba, vale decir, a la deducida de um solo hecho com esa virtualidad; conducta o comportamiento procesal como um simple “elemento corroborante de las pruebas( art. 163, inc 5º Cód proc) se la descarta como prueba.”ACOSTA, Daniel. La conducta procesal de las partes como prueba. In **Valoración de la conducta procesal**. Director PEYRANO, Jorge.Coord. ACOSTA, Daniel Fernando. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005. p. 104.

Jorge W Peyrano<sup>377</sup> não considera o comportamento das partes como meio de prova, pois estes somente seriam aqueles aportados ao processo pelos meios e procedimentos previstos por lei para conduzir o juiz à formação de seu convencimento.

Da exegese do art. 163, inciso, 5º, do CPC argentino afirma que o legislador efetuou a distinção entre as presunções e a conduta processual das partes, denominando estas últimas de elemento de convicção, sem, contudo, definir este novo conceito. Nesta linha, conclui que seriam elementos de convicção, tanto para corroborar a prova produzida, quanto para, ante a precariedade do material probatório, aplicá-los juntamente com as regras do ônus da prova para julgar procedente ou improcedente a demanda.<sup>378</sup>

Nessa mesma vertente é o atual entendimento de Jorge Peyrano<sup>379</sup>, um dos responsáveis por trazer à tona a discussão sobre a valoração da conduta da parte no final da década de 1970<sup>380</sup>, que culminou na promulgação da Lei 22.434 responsável pela inserção do art. 163, inciso 5º, do CPC argentino.

Mario Masciotra sustenta, com base na liberdade, atipicidade dos meios de prova assegurada pelo art. 378 do CPC argentino<sup>381</sup>, a admissibilidade do comportamento processual das partes como meio de prova autônomo. Refutando o entendimento de Marco

<sup>377</sup> La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal. Su verdadera naturaleza jurídica. **La valoración judicial de la conducta procesal**. Director Jorge peyrano. Coord Daniel Acosta. 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005. p.49.

<sup>378</sup> La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal. Su verdadera naturaleza jurídica. **La valoración judicial de la conducta procesal**. Director Jorge peyrano. Coord Daniel Acosta. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005. p 55.

<sup>379</sup> Jorge Peyrano primeiramente enquadrava a conduta da parte como fonte de convicção, porém posteriormente mudou seu entendimento para aderir ao perfilhado por Kielmanovich, de que a conduta poderia constituir um indicio, fato-base de uma presunção. Por fim, ao ler trabalho de Marco Peyrano modificou novamente seu entendimento para adotar a orientação de que a conduta da parte seria fonte de convicção. Peyrano, Jorge Walter. La Conducta procesal de las partes como objeto de valoración judicial. **La valoración judicial de la conducta procesal**. Director Jorge peyrano. Coord Daniel Acosta. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 21. A primeira opinião- que também corresponde à atual- foi externada no artigo “Valor probatório de la conducta de las partes”. **Revista La ley**. Seção doutrina. Buenos Aires: Sociedade anônima editora e impressora Buenos Aires, 1979. p 1049-1053.

<sup>380</sup> Jorge Walter Peyrano defendia a inclusão de regra expressa nos moldes do previsto no art. 116, 2º, do CPC italiano. **Valor probatório de la conducta de las partes**. PEYRANO, Jorge Walter. Revista La ley. Seção doutrina. Buenos Aires: Sociedade anônima editora e impressora Buenos Aires, 1979. p. 1049-1053.

<sup>381</sup> “MEDIOS DE PRUEBA. Art. 378. - La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez. Disponível em-: <http://www.infoleg.gov.ar> Acesso em 14/01/2017.

Peyrano, argumenta que o comportamento exteriorizado pelos litigantes nas diversas etapas processuais não pode ser ignorado pelo juiz, devendo ser objeto da valoração judicial.<sup>382</sup>

### 3.2.3 Portugal

Embora o ordenamento jurídico português não possua uma norma geral sobre valoração do comportamento das partes, nos moldes previstos no Código de Processo Civil Italiano<sup>383</sup>, oportuna é a análise do preceituado no art. 519, 2º, do CPC português, que prevê a possibilidade de valoração do comportamento da parte em juízo num âmbito mais restrito.

O art. 519<sup>384</sup> do Código de Processo Civil português apresenta o dever de todas as pessoas, sejam partes ou não, de prestar colaboração para a busca 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.”*

Trata-se da projeção, no campo do direito probatório, do dever geral de cooperação previsto no art. 266 do CPC português.

No item 2 do referido dispositivo, é previsto que aqueles *“que recusem a colaboração devida serão 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”*<sup>385</sup>.

Segundo o item 2 do art. 519 do Código de Processo Civil português, a recusa à colaboração pela parte pode ser valorada para efeitos probatórios, e provocar a inversão do ônus em desfavor daquela.

José Lebre de Freitas, ao comentar o art. 519, item 2, do Código de Processo Civil português, assevera que a recusa à colaboração devida pelas partes implica uma, de duas consequências:

<sup>382</sup> MASCIOSTRA, Mario. **Conducta procesal de las partes**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005 p. 165.

<sup>383</sup> SOUSA, Luis Felipe de. **Prova por presunção no processo civil**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2013.p. 32.

<sup>384</sup> Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 14/01/2017.

<sup>385</sup> Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-de-processo-civil/> Acesso em 14/01/2017.

“Se a parte recusar a própria colaboração, o Tribunal aprecia livremente, para efeitos probatórios o valor desse comportamento (art.519 no 2, 1ª parte);  
Se a violação do dever de colaboração resultar na circunstância de a parte ter tornado impossível a prova à contraparte onerada, o ónus da prova inverte-se, ou seja, é sobre essa parte que passa a recair o ónus da prova( art. 519º no 2 in fine; art. 344º no 2 CC).<sup>386</sup>”

Acentua o referido doutrinador português que o comportamento da parte, que se recusa a colaborar, uma vez implementadas as condições do art. 344-2 do Código Civil, pode determinar a inversão do ónus da prova, quando não é mais possível a produção da prova por outros meios. A título ilustrativo, cita como exemplo a destruição do veículo depois de um acidente de carro pelo seu condutor, a falta de exibição de documentos e a imposição de óbice ao comparecimento de testemunha em juízo, condutas que dariam lugar à inversão do ónus da prova, impondo-a a cargo da parte não cooperante.<sup>387</sup>

Observa Paula Costa e Silva<sup>388</sup> que a circunstância de o descumprimento do dever de colaboração em sede probatória corresponder a uma inversão do ónus probatório, pode ser lida no sentido de o referido dever não ser verdadeiramente um dever, mas um ónus. Assinala que a consequência da colocação da parte em situação desfavorável é a ameaça mais eficaz contra a violação do dever de cooperar<sup>389</sup>.

Luis Filipe Pires de Sousa<sup>390</sup> aduz que, conquanto inexista um amplo dever de verdade, do princípio da boa-fé podem ser extraídas ilações úteis quanto à valoração da conduta das partes para efeitos probatórios.

Sustenta que a inobservância da boa-fé e colaboração pode gerar um indício endoprocessual. Menciona Giuliano Scarselli, no sentido de que a violação do dever de

<sup>386</sup> FREITAS, José Lebre et Al. **Código de Processo Civil anotado** (arts. 381º a 675º), vol. II. 1ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p.409. Miguel Teixeira de Sousa, ao tecer comentários sobre o princípio da cooperação intersubjetiva, um dos princípios estruturantes da fase instrutória, destaca: “Este dever de colaboração é independente da repartição do ónus da prova (cfr. arto 342º a 345º ), pelo que abrange mesmo a parte que não está onerada com a prova do facto. Assim, a recusa da colaboração, ou a inversão do ónus da prova (art. 519 no 2) são susceptíveis de evitar uma decisão de *non liquet*, ou, na segunda hipótese de inverter o sentido desta decisão” SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª edição. Lisboa: Editora Lex, 1997. p.321.

<sup>387</sup> FREITAS, José Lebre et al. **Código de Processo Civil anotado** (arts. 381º a 675º). 1ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 409. v. II.

<sup>388</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios dos atos postulatorios**. 1ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p.163.

<sup>389</sup> SILVA, Paula Costa. Op. cit. p 163.

<sup>390</sup> SOUSA, Luis Filipe Pires de. **Prova por presunção no Direito Civil**. 2ª edição. Lisboa: Almedina, 2013. p..32.

lealdade e de probidade pode ter consequências diretamente conexas com o êxito do litígio consubstanciadas nas desvantagens ao direito de defesa, causando um dano advindo da frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica. Dentro desta ideia, a impossibilidade de restauração natural da situação probatória em virtude da sonegação da prova deveria ensejar uma presunção judicial favorável aos interesses da parte prejudicada.

Salienta o referido jurista português que há situações intermediárias, ou seja, entre a conduta inócua da parte (limiar mínimo) e a conduta que impossibilita a prova do fato ao onerado (limiar máximo), sancionada pela lei com a inversão do ônus da prova ( art. 344 n° 2 do CPC português).

Nessa mesma linha, Rui Rangel ressalta que o mero descumprimento do dever de colaboração não acarreta necessariamente a inversão do ônus da prova, pois esta solução somente seria aplicável, quando não fosse possível a produção de provas por outros meios<sup>391</sup>.

No âmbito jurisprudencial, pode ser citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em ação ajuizada por consumidor em face de Banco por pagamento de cheque falsificado, no qual houve a valoração judicial para inverter o ônus da prova - aplicando-se o art. 344, 2º, do Código Civil- em função da destruição do cheque inviabilizando a perícia -, o que resultou na procedência do pedido autoral. O excerto do referido acórdão segue abaixo:

“Banco. Responsabilidade bancária. Convenção cheque. Assinatura. Falsificação. Responsabilidade extracontratual. Presunção de culpa. Deveres de proteção e cuidado. Destruição do cheque. Inversão do ónus da prova .

(...)

X) – Não age de boa-fé o Banco que, apesar de ter sido alertado da intenção do Autor de se socorrer do documento em sua posse, para o submeter a exame pericial, pedindo que, para isso, o não destruísse fisicamente, ignora esse facto e destrói o original do cheque, o que veio a dificultar a prova da falsificação a cargo dos peritos que só puderam basear o seu exame no documento microfilmado.

XI) – À impossibilidade da prova, por actuação culposa da parte não colaborante para com o onerado, deve ser equiparada [em termos de sanção do art. 344º, nº2, do Código Civil para que remete o art. 519º, nº2, do Código de Processo Civil] uma colaboração reticente ou parcialmente inviabilizadora da prova, desde que, dessa falta de colaboração resulte, comprovadamente, fragilidade probatória causada pelo recusante, isto em homenagem ao princípio da colaboração – art. 266º do Código de Processo Civil – e da boa-fé, seja na perspectiva processual, seja na perspectiva substantiva – art. 762º, nº2, do Código Civil.”

XII) – Mesmo que pela via da responsabilidade contratual, emergente da não ilisão da presunção de culpa do Réu – art. 799º, nº1, do Código Civil – este não devesse ser condenado – sempre se poderia considerar, ante a sua censurável falta de colaboração – que ficou invertido o ónus da prova da sua ausência de culpa, por

<sup>391</sup> “A impossibilidade deve aferir-se pela importância e relevância do meio probatório inviabilizado para provar o fato, que, é, em si mesmo, decisivo e relevante (o facto principal). Não faz sentido penalizar a parte que não estava onerada com a inversão do ónus da prova, se o meio por esta inviabilizado não for de importância decisiva para o apuramento do facto principal.” RANGEL, Rui de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.p.197.



força do art. 344º, nº2, do Código Civil, pelo que competia ao Banco provar que não agiu com culpa ao pagar o cheque nas circunstâncias em que o fez.<sup>392</sup>

Como se vê, o Tribunal considerou a conduta do banco ao destruir o original do cheque uma colaboração reticente ou parcialmente da produção da prova autorizando a inversão do encargo probatório.

### 3.2.4 Colômbia

Na Colômbia, o Código de Procedimento Civil prevê no artigo 249: “ *El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes*”.

Marabell Londono Jaramillo<sup>393</sup> assevera que o juiz pode extrair argumentos de prova dos comportamentos dos litigantes, especialmente quando a conduta observada pela parte implique uma negativa a colaborar com a produção de prova, já que, no processo civil, as partes têm o dever de cooperar em toda a atividade probatória. Neste caso, a falta de colaboração poderia ser apreciada pelo juiz como um indício contrário aos seus interesses.

Invoca a classificação de Luis Munõz Sabaté das condutas das partes aptas a gerar indícios endoprocessuais. Conclui no sentido de que o princípio da autorresponsabilidade na produção da prova mostra claramente como o direito processual se sustenta no adequado manejo da pretensão e, por correspondência, da exceção de mérito. A construção argumentativa poderia ser prejudicada pelas condutas oclusivas, omissivas e mendazes assumidas no curso do processo, razão pela qual entende que algumas das condutas das partes devem ser valoradas pelo juiz com base nos elementos axiológicos da pretensão ou da exceção de mérito.<sup>394</sup>

Destaca, contudo, que a utilização destas provas como indícios é instrumento pouco utilizado pelos operadores jurídico, pois a estrutura complexa exige um amplo discernimento.

<sup>392</sup> Decisão do Supremo Tribunal de Justiça, relator Fonseca Ramos, processo **09A197**, recurso de revista. Decisão proferida em 31/03/2009 disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bfede20abac8aa788025758a0039738c?OpenDocument>. Acesso em 10/12/2016.

<sup>393</sup> JARAMILLO, Marabel Londono. Los indicios conductuales en el proceso civil, **Revista Opin. Jurid.** v..5 n°.10, Medellín, July/Dec. 2006.

<sup>394</sup> JARAMILLO, Marabel Londono. Los indicios conductuales en el proceso civil, **Revista Opin. Jurid.** v..5 no.10 Medellín July/Dec. 2006.

Afirma que os juízes não teriam uma metodologia adequada para valorar as condutas processuais reprováveis na sentença como provas indiciárias conforme os postulados do devido processo legal.<sup>395</sup>

### 3.2.5 Peru

O Código de Processo Civil Peruano de 1993, em seu art. 282, prevê a possibilidade de o juiz extrair conclusões contra os interesses das partes, atendendo à conduta que estas assumem no processo, notadamente no que tange à falta de cooperação no campo probatório, nos seguintes termos:

“Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.”<sup>396</sup>

Ante a redação do Código, nem haveria como discutir a possibilidade de se firmar presunções a partir da conduta adotada pelas partes em juízo, vez que o art. 282 trata de presunção e conduta processual da parte em juízo.

### 3.2.6 Uruguai

O artigo 189 do Código Civil uruguaio prevê o dever de colaboração no campo probatório nos seguintes termos:

“Colaboración para la práctica de la medida probatoria. 189.1 Los terceros y las partes tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva y adecuada realización de las inspecciones, reconstrucciones y pericias.

En caso de injustificado rehusamiento de los terceros a prestar la colaboración, el tribunal adoptará las medidas conminatorias apropiadas remitiendo, si

<sup>395</sup> JARAMILLO, Marabel Londono. Los indicios conductuales en el proceso civil, **Revista Opin. jurid.** v..5 no.10 Medellín July/Dec. 2006.

<sup>396</sup> Disponível em <http://spij.minjus.gob.pe>. Acesso em 02/07/2016.

correspondiere, testimonio de lo actuado a la justicia penal a los efectos pertinentes. 189.2 Si la colaboración referida causare gastos u otro menoscabo patrimonial a los terceros, el tribunal fijará en forma irrecurrible las cantidades que las partes, conforme con el régimen del artículo 185, habrán de abonar a título de indenización. 189.3 Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que la preste. Si a pesar de ello se persistiere en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar salvo prueba en contrario.”<sup>397</sup>

Na parte final do art. 189.3, é prevista a valoração judicial desfavorável à parte a respeito do fato que se pretendia demonstrar com a prova, em caso de negativa à colaboração, salvo se houver prova em contrário. O preceito é genérico, abarcando de forma geral os comportamentos que importem em descumprimento do dever de colaboração no campo probatório.

### 3.2.7 Panamá

O art. 984<sup>398</sup> do Código de Processo Civil panamenho preceitua que o juiz poderá deduzir indícios da conduta processual das partes em juízo.

A fim de evitar maiores discussões acerca da eficácia probatória, o artigo 983<sup>399</sup> do referido Código prevê que o indício terá maior ou menor valor, segundo seja maior ou menor a relação que exista entre os fatos que os constituem e os que se pretenda provar. Consta, ainda, expressamente que a valoração dos indícios será realizada em conformidade com os requisitos da gravidade, concordância e convergência com as demais provas do processo.

### 3.2.8 Princípios de Direito Transnacional

<sup>397</sup> Disponível em <https://sip21-webext.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1439584.htm> Acesso em 01/02/2016.

<sup>398</sup> Artículo 984. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

<sup>399</sup> Artículo 983. Los indicios tienen más o menos valor, según sea mayor o menor la relación que exista entre los hechos que los constituyen y los que se trata de establecer.

Artículo 985. El juez apreciará los indicios teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y las demás pruebas que obren en el proceso.

A globalização e a intensificação do comércio entre os países trouxeram a necessidade de harmonização das regras de direito processual no âmbito internacional.

Com o propósito de enunciar um modelo de processo justo para assegurar o acesso à justiça no plano transnacional, houve a elaboração dos princípios de Direito Processual Internacional pelo UNIDROIT (International Institute For The Unification of Private Law), da qual o Brasil faz parte, sediada em Roma, e pela ALI (American Law Institute), com sede na Filadélfia (Estados Unidos).

Os princípios de Direito Processual Internacional sintetizam o mínimo garantístico, o processo justo no âmbito internacional, prevendo como garantias fundamentais o contraditório, o acesso à justiça, a imparcialidade, a independência do Juiz, a economia processual e a celeridade<sup>400</sup>, dentre outros, a fim de guiar a atuação dos operadores do Direito nos litígios transnacionais.

No art. 21.3 dos princípios de Direito Civil Transnacional, foi previsto que a recusa injustificada à produção de prova pela parte que dispõe de elemento probatório relevante pode resultar na extração de inferências adversas, a respeito da matéria para a qual foi determinada a produção de prova.<sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> Nesse particular, Flávia Pereira Hill assevera: “A elaboração de tais princípios tem por escopo promover justamente a aproximação entre os sistemas processuais nacionais garantir o acesso à justiça no plano transnacional. Estão elencados dentre os princípios de Direito Processual Civil Transnacional, ao lado do acesso à Justiça, a celeridade, o contraditório, a economia processual, a isonomia, a efetividade a independência, e a imparcialidade do juiz e a cooperação jurídica internacional, especialmente no tocante à circulação e à execução das decisões judiciais entre diferentes países. Os princípios do Direito Processual Civil Transnacional têm a vocação para serem aplicados não apenas por países europeus, mas também por países dos continentes americano, africano e asiático, que não estão submetidos à Corte de Strasburgo. Com isso, estão à disposição dos legisladores e intérpretes de diferentes nacionalidades parâmetros correntes para a qualificação de um processo justo.” HILL, Flavia Pereira. **O Direito processual transnacional como forma de acesso à justiça no séc. XXI. 1a edição. Rio de Janeiro: GZ editora, 2013.** p. 75-76.

<sup>401</sup> *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.

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. 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. Disponível em <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Acesso em 14/01/2017.

A valoração da conduta da parte, neste caso, tem nítida natureza de sanção pelo descumprimento do dever de colaboração e da atuação de acordo com a boa-fé, conforme explanado no próprio art. 21.3:

“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. 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.”<sup>402</sup>

A inclusão desta norma nos princípios de processo transnacional evidencia a importância da valoração da conduta da parte, dentro do modelo de processo justo internacional, na medida em que serve de instrumento de reforço do dever de colaboração e boa-fé.

#### 4 A VALORAÇÃO DA CONDUTA DAS PARTES NO DIREITO BRASILEIRO NO CAMPO PROBATÓRIO

---

Inexiste, no Direito brasileiro, regra expressa genérica acerca da possibilidade de se extrair argumentos de prova da conduta das partes.

No entanto, é possível sustentar a possibilidade de se valorar judicialmente a conduta das partes à luz dos deveres da boa-fé e cooperação (arts. 5º, 6º, 77 e 400 do CPC), do princípio do livre convencimento motivado - art. 371<sup>403</sup> do CPC, da previsão das regras da experiência para a presunção simples (*hominis*) no art. 375<sup>404</sup> do CPC, e da admissão de provas atípicas no processo (art.369 do CPC).

As previsões legais pontuais de comportamentos da parte que podem ser valorados para firmar presunção desfavorável, aliadas à regra de valoração da persuasão racional também autorizariam a conclusão no sentido da aplicabilidade da valoração a outras condutas das partes que violassem os princípios da boa-fé e da cooperação.

A este propósito, podem ser citadas as regras dos arts. 400 (presunção em caso de negativa de exibição de documento), 311 ( tutela de evidência punitiva), 344 ( presunção de

---

<sup>403</sup> Ivan Ordine Righi entende que a eficácia probatória do comportamento das partes deve ser admitida como fonte de presunção com base no princípio da persuasão racional e a previsão do art. 332 do CPC: “O Código de Processo Civil recepciona o princípio da valoração racional da prova (art.131) e, além disso, dispõe que todos os meios legais ou moralmente legítimos são hábeis à demonstração dos fatos em que se funda a ação ou a defesa art. 332. Indiscutivelmente, portanto, no Direito brasileiro, a conduta processual das partes é fator produtivo de consequências probatórias”. RIGUI, Ivan Ordine. Eficácia probatória do comportamento das partes in : **Revista de Direito da Universidade do Paraná**. número 20. 1981/1982. p. 2 .Eduardo Cambi, por sua vez, afirma o seguinte : “A valoração probatória da atividade das partes decorre dos deveres impostos pelo artigo 14, inc. II, do Código de Processo Civil, segundo o qual os litigantes, e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, devem proceder com lealdade e boa-fé.(...) A valoração da atividade das partes também pode ser retirada do artigo 345 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz, verificando que a parte deixou de responder o que lhe foi perguntado ou tendo aplicado evasivas, pode declarar se houve recusa de depor, com base nas demais circunstâncias e elementos de prova. Também pode ser extraída do artigo 359 do Código de Processo Civil, pelo qual o magistrado, ao decidir sobre a recusa da exibição de documento ou coisa, pode admitir como verdadeiros os fatos que, por meio deles, a parte pretendia provar, se o requerido não fizer a exibição no prazo de cinco dias, se não justificar as razões da não exibição ou, ainda, se tal recusa for havida por ilegítima”. CAMBI, Eduardo. **Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito**. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: [http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html) Acesso em: 14 jan. 2017.

<sup>404</sup> Larissa Tunala entende que a possibilidade da valoração da conduta da parte servir como fato secundário a ser valorado pode ser extraída da interpretação dos arts 371 e 375 do CPC. Seu entendimento pode ser aferido do seguinte extrato de sua dissertação de mestrado: “Assim tendo em vista o princípio do livre convencimento, bem como considerando a possibilidade de o magistrado considerar as regras de experiência para formar presunções sobre fatos desconhecidos, é possível que a conduta seja valorada de modo a influenciar o resultado do julgamento”. TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório. A proibição do venire contra factum proprium no direito processual brasileiro**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 186. Nessa mesma linha, confira-se BOZZO, Guilherme Tamarussi. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2016. p. 87-88. Eduardo Cambi e Eduardo Hoffman defendem o caráter probatório da conduta da parte como prova atípica: “No que toca às provas atípicas, pode ser estudado o caráter probatório da conduta ou do comportamento processual das partes. Afinal, é imperativo social que as pessoas, por serem dotadas de inteligência e discernimento, devam guiar suas vidas por ditames éticos. Tais exigências ético-sociais também devem estar presentes no processo judicial, já que é uma conquista civilizatória para a resolução racional e justa dos conflitos de interesses”. CAMBI, Eduardo et al. Caráter probatório da conduta (processual) da parte. **Revista de Processo 201/2011**. São Paulo: RT, 2011. p. 59.

veracidade dos fatos articulados na contestação), 386 (pena de confissão em caso de recusa em depor), todos do CPC e arts 231 e 232 do Código Civil (negativa em colaborar para a realização de perícia médica).

O sistema de regras do processo cooperativo visa a coibir a deslealdade processual, e compelir as partes a colaborar na descoberta da verdade<sup>405</sup>.

Nos itens abaixo, é realizada uma análise dos principais fundamentos para a admissão da valoração judicial da conduta da parte em juízo no Direito brasileiro. Quanto aos deveres emergentes dos princípios da boa-fé e da cooperação, um dos principais fundamentos da admissão da valoração da conduta da parte em juízo, oportuna é a remissão aos itens 1.3 e 2.1.

#### 4.1 Fundamentos

##### 4.1.1 Princípio da persuasão racional

Fruto de evolução no sistema de valoração da prova, a persuasão racional ou livre convencimento motivado é o que melhor se compatibiliza com o modelo de processo justo, visto que permite a veraz apuração dos fatos, assegurando uma maior aderência da decisão à realidade dos fatos discutidos no processo.

A previsão de um valor aprioristicamente fixado pelo legislador (valoração formal<sup>406</sup>) para as provas fragilizaria a busca da verdade, porquanto teria o juiz de desprezar as peculiaridades do caso concreto para obedecer à tarifação prevista em lei.

Salvatore Patti<sup>407</sup> explica que a expressão “livre valoração das provas” assumiu um significado bastante restrito: fala-se em prova livre em contraposição ao sistema da prova

---

<sup>405</sup> “Consequência dos deveres de conduta sentida no campo probatório do processo de conhecimento (especialmente do procedimento ordinário), são as sanções específicas (como a confissão), mas também decorrentes de novos paradigmas sociais. Desse modo, seria possível sustentar que o comportamento processual das partes pode constituir prova a ser apreciada pelo juiz”. COUTINHO, Jair. **Verdade e colaboração no processo civil** (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais). Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8042](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8042). Acesso em 31/08/2016.

<sup>406</sup> ABELLÁN, M. Gascón. **Los hechos en el derecho**. 3ª edição. Madri: Marcial Pons, 2010. p 142.

legal, tarifada, na qual é excluída a possibilidade de o juiz valorar a prova<sup>408</sup>. Enfatiza que não seria livre no sentido da possibilidade de se adotar a livre convicção sem seguir regras lógicas e jurídicas. O momento de liberdade do juiz, mais do que na valoração, residiria na formação do convencimento, a despeito da previsão legislativa italiana referir-se ao “prudente apprezzamento”.

Dentro de uma visão racionalista da prova, buscam-se critérios objetivos para a valoração, dentre os quais podem ser citados os modelos de constatação<sup>409</sup>, a utilização das máximas da experiência.

O Código de Processo Civil previu, em seu art. 371, que o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Para Lênio Streck, a supressão do “livremente” teria expulsado o livre convencimento do Código de Processo Civil, na medida em que o juiz não poderia julgar segundo a sua própria consciência, devendo fundamentar<sup>410</sup>.

---

<sup>407</sup> PATTI, Salvatore. **Le prove: parte generale**. 1ª edição. Milão: Giuffrè Editore, 2010. p. 223. O autor, contudo, registra as críticas da doutrina mais recente à jurisprudência, que estaria a se descurar do fundamento e da função do princípio do livre convencimento, transformando-o em arbítrio, porquanto afastado o dever de motivar, subtraindo a valoração da possibilidade de racionalidade e controle. PATTI, Salvatore. **Le prove: parte generale**. 1ª edição. Milão: Giuffrè editore, 2010. p. 216.

<sup>408</sup> Luigi Paolo Comoglio, Michele Taruffo e Conrado Ferri definem o livre convencimento motivado nos seguintes termos: “Si ha invece prova libera, o liberamente valutabile, quando non esistono norme di prova legale dirette a determinare il valore della prova. Opera in tal caso il principio del libero convincimento del giudice: l’art.116 cpc prevede appunto che il giudice valuti le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti (ossia con l’eccezione dei casi in cui vi sono norme di prova legale). Formule come <<prudente apprezzamento>> o <<liberoconvincimento>> alludono al fatto che la valutazione del giudice in ordine all’esito della prova è discrezionale e va formulata caso per caso secondo principi di razionalità e ragionevolezza”. Se há contrariamente, em vez disso, prova livre, ou livremente valorável, quando não existem normas de prova legal diretamente a determinar o valor da prova. Atua em tal caso o princípio da prudente apreciação, salvo se a lei dispor de outro modo (assim como a exceção nos casos nos quais existem normas de prova legal). Fórmulas como <<livre apreciação>> ou <<livre convencimento>> aludem ao fato que a valoração do juízo ordinário ao êxito da prova é discricionário e vai formulado caso a caso segundo princípios de racionalidade e razoabilidade. Tradução livre. COMOGLIO, Luigi Paolo et al. **Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione**. v. I. 5ª ed. Bolonha: Il mulino, 2011.p. 465.v. I

<sup>409</sup> ABELLAN, M. Gascon. **Los hechos en el derecho**. 3ª Edição. Madri: Marcialpons, 2010. p.143-150. FERRER, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons 2007. p.91-152

<sup>410</sup> Pontifica o referido autor que “ O que há de novo é a responsabilidade política do juiz; o que é novo é que ele não é protagonista do processo; o que é inovador é que houve uma opção legislativa por um novo paradigma de compreensão dos objetos do mundo. Trata-se da assunção da tese de que o julgamento deve se dar por princípios, e não por questões políticas, por convicção moral ou outros argumentos morais”. STRECK, Lênio. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. Coleção grandes temas do novo CPC. **Direito probatório**. Coord DIDIER JR, Fredie. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 113. No mesmo sentido RAMOS, Vítor de Paula. Em busca da interpretação do sistema à luz de um modelo de objetivo de corroboração de hipóteses fáticas. Coleção grandes temas do novo CPC. **Direito probatório**. Coord DIDIER JR, Fredie. Salvador: Juspodivm, 2015.



No entanto, a redação outrora adotada pelo Código de 1973 ao fazer alusão à livre valoração da prova, não chancelava a possibilidade de o juiz valorar segundo as suas convicções pessoais sem amparo nas provas adunadas aos autos e desvinculado do dever de motivar. É da essência do sistema do livre convencimento motivado o dever de fundamentar as decisões; caso contrário, estar-se-ia a adotar o sistema de valoração da íntima convicção.

Por meio da análise dos dispositivos do CPC, é possível verificar que a supressão do advérbio “livremente” da regra geral sobre a valoração das provas, prevista no art. 371 do referido Código, não foi acompanhada de mudanças na disciplina do valor probatório das provas, de molde a limitar a liberdade do juiz na formação de seu convencimento.

A verdadeira inovação residiu na inserção dos §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC que preveem os requisitos mínimos de fundamentação das decisões judiciais.

Somente é possível compreender a eliminação do “livremente” se analisarmos conjuntamente o art. 371 do CPC com os §1º e §2º do art. 489, reforçando o controle exercido sobre o dever de fundamentar.

No caso concreto, caberá ao juiz valorar “livremente”, porém vinculado a regras lógicas, máximas da experiência, o comportamento adotado pelas partes em juízo, para aferir se será preponderante para a comprovação dos fatos relevantes da demanda.

Considerar a conduta da parte como prova inferior( *probatio levior*), seria estipular uma prévia tarifação, sem suporte legal, incabível no sistema da persuasão racional.

A preocupação dos doutrinadores quanto à arbitrariedades e ao subjetivismo no julgamento justifica uma maior prudência na valoração da conduta das partes, porém nunca a sua inadmissibilidade ou limitação probatória. A solução, como será analisado no item 4.7 é o aperfeiçoamento de instrumentos de controle da decisão judicial.

#### 4.1.2 Princípios da boa-fé e da cooperação

Conforme já tratado nos capítulos 1 e 2, um dos fundamentos da admissibilidade da valoração do comportamento da parte em juízo para fins probatórios é a submissão das partes aos deveres impostos pelos princípios da boa-fé e da cooperação.

O princípio da boa-fé processual (art. 5º do CPC) impõe a adoção de padrões éticos de conduta (arts. 77 e 78), servindo como parâmetro de valoração do comportamento das partes e, portanto, dotada de aptidão para definir se num caso concreto houve o abuso no exercício

de situações jurídicas processuais<sup>411</sup>, ao exercer ônus, deveres, faculdades. O princípio da cooperação (art. 6º), derivado do princípio do contraditório, determina que as situações jurídicas processuais sejam exercidas com o escopo de criar uma “comunidade de trabalho” no processo<sup>412</sup>. Nessa comunidade de trabalho, há a participação das partes em igualdade de condições para a formação da decisão, exigindo-se que o diálogo se desenvolva entre as partes - e entre essas e o juiz - de forma ética, com o espírito de colaboração.

No modelo de processo cooperativo, compreendido como ambiente ético de discussões, tem aplicação a valoração negativa do comportamento da parte para firmar presunção desfavorável como meio de dissuadir o litigante desleal e assegurar o êxito do litigante leal quando a produção da prova foi inviabilizada pela conduta contrária à boa-fé e à cooperação.

#### 4.1.3 Atipicidade dos meios de prova

A admissibilidade da conduta da parte como meio de prova encontra amparo na regra do art. 369 do atual CPC que adota o critério da liberdade probatória<sup>413</sup>, admitindo o emprego pelas partes de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, mesmo não especificados no código, para provar a verdade dos fatos, nos quais se funda o pedido da defesa, e influir eficazmente na convicção do juiz.

As provas moralmente ilegítimas são aquelas obtidas por meio da violação da boa-fé objetiva, razão pela qual já seriam ilícitas, conforme anota Didier Jr<sup>414</sup>, concluindo ser inútil tal previsão.

---

<sup>411</sup> Prefere-se falar em abuso de situações jurídicas processuais como bem pontua Helena Abdo : “ *Sendo assim, na maior parte dos casos, tem-se entendido mais apropriado, em termos de precisão e técnica falar em situações ou posições jurídicas processuais. Até porque o conceito de direito subjetivo mostra-se, como visto, incapaz de traduzir o conteúdo das situações jurídicas processuais, sobretudo as passivas( ônus, deveres e sujeição).*” ABDO, Helena. **O abuso do processo**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 73.

<sup>412</sup> Fredie Didier jr afirma que o princípio da cooperação, torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo cooperativo. DIDIER JR, Fredie. **Comentários ao Novo Código de processo civil**. Coord. CABRAL, Antonio do Passo et al. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

<sup>413</sup> AMARAL. Paulo Ostermack do. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: RT, 2015. p. 57.

<sup>414</sup> DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito processual Civil**. 11ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 99. V. II

Como bem elucida Michele Taruffo<sup>415</sup>, a atipicidade pode ser vista sob duas perspectivas: a prova pode ser atípica por não se encontrar disciplinada por lei; ou porque fora obtida de forma diversa das provas reguladas por lei.

Quanto à primeira modalidade, Barbosa Moreira afirma que dificilmente haverá meios de prova não disciplinados por lei, porque de modo geral, as fontes de obtenção de informações – pessoas, fatos, fenômenos, documentos sujeitos a exame - são limitadas, e cobertas pela previsão do Código de Processo Civil<sup>416</sup>.

Desse modo, a atipicidade dos meios de prova diz respeito à segunda modalidade, ou seja, à ausência de previsão legal do modo de obtenção da prova<sup>417</sup>. A primeira modalidade a qual se refere o doutrinador italiano estaria abarcada pelo conceito de fontes de prova.

O art. 369 do CPC emprega a expressão meio de prova na segunda acepção, segundo a qual consubstanciaria o modo de acessar a fonte de prova<sup>418</sup>.

Os meios de acessar a fonte de informações relevantes para o processo poderão variar, visto que a complexidade da vida, os avanços tecnológicos tornam impossível a tarefa do legislador de prever de forma exaustiva todos os meios de provas possíveis.

A tendência do Código de Processo Civil, entretanto, é incorporar gradativamente ao seu texto a previsão de novos meios de prova, aumentando o rol das provas típicas. No atual CPC meios de prova outrora atípicos, como a ata notarial foram expressamente previstos, bem como o procedimento para a admissão da prova emprestada, partindo da premissa de que a repetição de prova constante em outro processo pode ter se tornado impossível ou representaria gastos com os quais a parte não pretende arcar<sup>419</sup>.

<sup>415</sup> TARUFFO, Michele. "Prove atipiche e convincimento del giudice" in **Rivista di diritto processuale**, parte, 2, v. 28. Pádua: CEDAM, 1973. p.389/434.

<sup>416</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. V. 76. Out/dez/1994, São Paulo: RT, 1994. p. 114-126. No mesmo sentido, PISANI, Andrea Proto. **Lezione di Diritto processuale civile**. 6ª edição. Nápole: Jovene, 2014. p. 438.

<sup>417</sup> PISANI, Andrea Proto. **Lezione di Diritto processuale civile**. 6ª edição. Nápole: Jovene, 2014. p. 438.

<sup>418</sup> TARUFFO, Michele. "Prove atipiche e convincimento del giudice" in **Rivista di diritto processuale**, parte, 2, v. 28. Pádua: CEDAM : 1973. P. 389/434.

<sup>419</sup> Neste ponto Paulo Ostermack do Amaral assinala: “A admissão desse método pode se justificar em razão de a nova produção da prova ter se tornado impossível ou particularmente difícil-eventualmente até mesmo por questões relacionadas ao custo de sua repetição. Logo, o empréstimo de prova encontra amparo, em grande medida ( mas não apenas), na economia processual. AMARAL, Paulo Ostermack do. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 99.

Os únicos óbices à admissibilidade das provas são os referentes à falta de ética, moralidade na sua produção e a ilicitude. Frise-se, que as provas atípicas não são seriam provas ilícitas, em virtude da falta de previsão do procedimento de sua produção, pois o pressuposto para o enquadramento na categoria de provas atípicas é justamente o fato de serem meio de prova lícito e moralmente legítimo.

Neste particular, não há como se confundir prova atípica com prova ilícita e ilegítima.

A admissão da prova atípica vincula-se ao direito à prova, ao acesso à justiça, porque torna possível a reconstrução dos fatos mais rente à realidade quando há meios diversos daqueles previstos em lei para carrear aos autos do processo elementos probatórios relevantes para o julgamento da demanda.

Privar as partes de comprovar os fatos relevantes aos seus interesses no processo é que viola as garantias constitucionais da ampla defesa e do acesso à justiça.

Muitas vezes, a produção de prova típica pode ser inviabilizada pelas circunstâncias fáticas, ou mesmo, pelos seus elevados custos da produção, caso em que as partes podem preferir a produção de prova atípica<sup>420</sup>.

Quanto à existência de um princípio da preferência pela prova típica<sup>421</sup>, entendemos que deve ser aferido o meio de prova mais efetivo na demonstração dos enunciados fáticos, que pode ser um meio de prova típico ou atípico.

Destarte, entendemos inexistir propriamente uma preferência pelas provas típicas, porém apenas um maior cuidado no procedimento de produção das provas atípicas, em face da ausência de previsão legal<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> AMARAL, Paulo Ostermack do. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 99.

<sup>421</sup> Francesca Ferrari defende que mesmo na Itália poderia ser aplicado algo assimilável ao princípio do best evidence principle da common law, criando um sistema de limites, filtros com a função precípua de disciplinar a legitimidade, e, conseqüentemente a relevância das provas atípicas, conforme o trecho abaixo transcrito: “ (...)è infatti evidente che affermare l’immanenza anche nel nostro ordinamento, di um principio assimilabile al best principle, significa creare un sistema di limiti, di filtro che hanno la funzione precípua di disciplinare la legittimitá, e conseqüentemente la rilevanza delle prove atipiche.” FERRARI, Francesca. **La prova migliore. Una ricerca di diritto comparado**. 1ª edição. Milão: Giuffrè editore, 2004. p.347. No sentido da preferência pela utilização de provas típicas, sendo a prova atípica opção residual confira-se AMARAL, Paulo Ostermack. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 97. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. V. 76. Out/dez/1994, São Paulo: RT, 1994. P. 114-126.

<sup>422</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. v. I. 5ª edição. Bolonha: Il mulino, 2011.p. 467. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le Prove civili**. 2ª edição. Torino: UTET, 2004 p.50. AMARAL, Paulo Ostermack do. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 97. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. V. 76. Out/dez/1994 São Paulo: RT, 1994. p. 114-126.

Todavia, o atual Código de Processo Civil e a Constituição da República já delineiam as regras gerais para a produção de provas, em atenção às garantias processuais fundamentais.

Como regra geral, qualquer prova pode ser admitida desde que seja lícita, atenda às garantias processuais constitucionais, notadamente, contraditório, ampla defesa e o dever de motivação adequada.

Como será abordado em subitem próprio, a admissão da conduta da parte como fonte de presunção dependerá sempre da observância do contraditório prévio e da motivação adequada.

#### 4.1.4 Admissibilidade da utilização das máximas da experiência (art.345 CPC)

A possibilidade de utilização das máximas da experiência, regras de inferência hauridas da observação do que ordinariamente acontece, serve de esteio para que se defenda a admissibilidade do comportamento das partes como meio de prova.

A definição clássica das máximas da experiência foi elaborada por Friderich Stein em estudo pioneiro sobre o conhecimento privado do juiz em 1895, e ainda, hoje permanece atual, razão pela qual é praticamente reproduzida por todos os estudiosos do direito probatório.

As máximas da experiência são na clássica definição de Friederich Stein :

“Definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos do processo, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação se tenham induzidos e que em cima desses casos, pretendem validade para outros.<sup>423</sup>”

São critérios de inferência, obtidos da observação de casos particulares, com base no que normalmente acontece, que no âmbito probatório servem para a valoração das provas, e especialmente para se firmar uma presunção judicial.

Do conceito de Friederich Stein podem ser extraídas as seguintes características das máximas da experiência: generalidade e autonomia em relação ao caso concreto.

---

<sup>423</sup> STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Trad. Andrés de La Oliva Santos. 1ª ed. Madri: Editorial centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1990.p. 22.

Com base na concepção no tradicional raciocínio silogístico as regras da experiência seriam as premissas maiores e os fatos as premissas menores os fatos. Conquanto o raciocínio judicial não apresente sempre a estrutura de um silogismo<sup>424</sup>, seguindo, em muitos casos, uma lógica mais complexa, conforme bem exposto no item 2.5, tal fato não reduz a importância das máximas da experiência como critérios de inferência<sup>425</sup>

Embora não possa o juiz valer-se de seu conhecimento privado para julgar, é autorizado a utilizar de ofício as regras da experiência para a valoração da prova, vez que são conhecimentos compartilhados pelos membros da comunidade, dispensando-se a prova. Como bem ressalta José Carlos Barbosa Moreira seria um absurdo exigir que o juiz se despojasse de todas as noções por ele apreendidas ao longo da vida sob condições análogas aos outros membros da comunidade<sup>426</sup>.

O artigo 345 do CPC prevê as regras de experiência comum e a técnica, porém exige para esta última exame pericial. O tratamento diverso dispensado aos tipos de máximas de experiência é justificado pelo fato de o juiz não poder utilizar seus conhecimentos técnicos privados, caso os possua, afastando-se o risco de adotar conhecimentos técnicos de procedência duvidosa(pseudociência)<sup>427</sup>.

A inserção das máximas da experiência como instrumentos, mecanismos de valoração dos fatos<sup>428</sup>, permite aferir a credibilidade da prova e inferir de um indício a prova *do fato probandum*( presunção).

<sup>424</sup> NOBILI, Massimo. Nuove *Polemiche* sulle Cosiddette «Massime D'Esperienza», **Rivista di Diritto Processuale Penale** XII. Milão: Giuffrè, 1969, p. 133.

<sup>425</sup> “Conclui-se, pois, que as noções de metodologia e hermenêutica estão compatíveis com a concepção de juízo de probabilidade, o que é inerente ao modelo indutivo.Nesse contexto, as máximas da experiência estão inseridas no contexto lógico de natureza de abdução, fornecendo elementos ulteriores de confirmação da decisão.Assim, em sede de formulação da inferência probatória, servem para determinar a probabilidade da existência ou inexistência do fato probandum”ROSITO, Francisco. **Direito probatório. As máximas da experiência em juízo**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.87. Michele Taruffo assinala que o uso do silogismo é possível na atividade decisória, porém não se trata do único instrumento lógico necessariamente utilizável. TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença cível**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.p.153

<sup>426</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Temas de Direito Processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 60.

<sup>427</sup> ROSITO, Francisco. **Direito probatório. Regras da experiência e conceitos jurídicos indeterminados.1ª edição**.Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p.105-107.

<sup>428</sup> NOBILI, Massimo. Nuove *Polemiche* sulle Cosiddette «Massime D'Esperienza». **Rivista di Diritto Processuale Penale** XII. Pádua: CEDAM, 1969. p. 133.

A partir da conduta da parte, é possível extrair por meio da aplicação das máximas da experiência uma presunção no caso de conduta violadora dos deveres de cooperação e da boa-fé. A negativa à produção de prova pode ser considerado um expediente desleal para evitar o êxito da parte contrária, mediante a aplicação da máxima da experiência de que o elemento probatório favorecia a tese defendida pelo adversário.

O mecanismo da presunção será explanado no item 4.5, ao abordarmos a eficácia probatória da conduta da parte em juízo.

#### 4.1.5 Regras expressas acerca de valoração da conduta das partes

##### 4.1.5.1 Negativa de submissão à prova pericial médica

A valoração da conduta da parte é sempre invocada quando se trata de conceder peso probatório ao comportamento do réu, que se recusa a fornecer sangue ou outro material genético necessário à realização de teste hematológico, ou de DNA para a demonstração de paternidade, de forma a presumir o fato que se pretendia provar com o referido exame<sup>429</sup>.

No passado, discutia-se se a negativa poderia ensejar a condução *manu militari* do suposto genitor a fornecer material genético, ante a prevalência do direito à dignidade humana, à descoberta da identidade biológica do autor em relação ao direito à integridade física do réu. Invocava-se, ainda, em prol da extração coercitiva de material genético, o dever processual de colaborar para a descoberta da verdade (art. 339 do CPC/1973).

Importante, a esse propósito, é o julgado do plenário do Excelso Pretório (HC 71373/RS, relator Francisco Rezek, decisão 10/11/1994, publicada no DJE de 22/11/1996), em que, por maioria, afastou-se a possibilidade de compelir o réu a colher material genético, prevalecendo o seu direito à intimidade, à intangibilidade do corpo, em detrimento do direito do demandante à descoberta da ascendência biológica.

---

<sup>429</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. La negativa de la parte a someterse a uma pericia médica (según el nuevo Código Civil brasileño). **Debido processo**. 1ª edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 369- 377.

Em face da impossibilidade de submeter o réu *manu militari* a fornecer material genético para o exame de DNA, a solução passou a ser a atribuição de força probatória à recusa para firmar a presunção judicial<sup>430</sup> do vínculo de paternidade.

A alta precisão, confiabilidade das conclusões do exame de DNA, aliada à circunstância de que os encontros sexuais são fatos furtivos, de difícil comprovação por prova testemunhal, documental, conduziria à ilação de que a negativa em realizar o exame é movida pelo propósito de inviabilizar a produção de prova contrária aos interesses do réu apontado como genitor. Destarte, a falta de colaboração na produção da prova pericial permitiria inferir o vínculo de paternidade.

Consagrando o entendimento pretoriano, o art. 232 do CC/2002<sup>431</sup> prevê que “*a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*”.

Apontando a ociosidade do dispositivo legal, por não se cuidar de uma presunção legal, mas apenas de uma autorização legal para a formação de uma presunção judicial, o que já é inerente ao sistema do livre convencimento motivado, manifestam-se Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>432</sup>. De fato, o art. 232 do Código Civil não promoveu alteração significativa legislativa, porquanto a presunção judicial prescinde de previsão legal.

A intenção do legislador teria sido a de reforçar a tese pretoriana de firmar presunção nos casos de negativa do réu em submeter-se à perícia médica para não produzir prova contrária aos seus interesses.

O ideal seria, efetivamente, por meio de um juízo de ponderação de bens jurídicos, reconhecer a prevalência do direito à descoberta da origem biológica sobre a liberdade e intangibilidade do corpo da parte contrária, para lastrear a possibilidade de extrair coercitivamente material genético necessário à realização do exame de DNA, considerando

---

<sup>430</sup> Digna de menção é a solução diversa adotada no âmbito do processo penal no julgamento da Reclamação 20140/DF, mais conhecido como “Gloria Trevi”, em que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, determinou a coleta de material genético da placenta da extraditanda Gloria Trevi para a realização de exame de DNA. Prevaleceu no caso em testilha, por meio de um juízo de ponderação, a “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública”, direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e à preservação da identidade do pai de seu filho.

<sup>432</sup> TEPEDINO, Gustavo Mendes et al. **Código Civil interpretado Conforme a Constituição da República**. V.ume I Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 488.



ser ínfima, irrelevante a suposta “lesão”- coleta de fio de cabelo, saliva ou uma gota de sangue- à integridade física da parte ré.

Nesse sentido, pertinente é a crítica contundente de Paula Costa e Silva<sup>433</sup>, para quem é incoerente a solução de reputar legítima a recusa ao fornecimento de material genético, por supostamente vulnerar garantia fundamental (direito à integridade física e à liberdade), e ao mesmo tempo, impor desvantagens jurídicas em termos probatórios, e multa a uma situação lícita. Seguindo esta linha de raciocínio, assevera a referida doutrinadora, comentando a solução da jurisprudência portuguesa, que a conjugação da licitude da ação com a imposição de desvantagem somente seria compatível com a situação jurídica processual do ônus, e não do dever jurídico.<sup>434</sup>

Defende, pois, que deveria ser considerada ilegítima a recusa, por não configurar intervenção corporal arbitrária, porquanto lastreada no direito fundamental da outra parte à descoberta de sua ascendência biológica, o que autorizaria a utilização de meios coercitivos para a coleta de material genético<sup>435</sup>.

Apesar de o art. 232 do Código Civil ser aplicável a outros casos de negativa em realizar perícia médica, além do exame destinado à comprovação da filiação biológica; seu principal campo de incidência, inquestionavelmente, é nas ações de investigação de paternidade.

No mesmo sentido do art. 232 do CPC, foi aprovado pela Segunda Seção do STJ, em 2004, o enunciado nº 301 da sua Súmula de jurisprudência, cujo teor é o seguinte: “*em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*’.

Da leitura do art. 232 do CC, do verbete 301 da Súmula de jurisprudência do STJ, e dos precedentes<sup>436</sup> que originaram o referido enunciado, constata-se que a presunção

<sup>433</sup> 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, 2003. v.30, n92. p.81-99.

<sup>434</sup> SILVA, Paula Costa e. *Op. cit.* p. 97. Destaca a referida doutrinadora portuguesa que uma situação jurídica desse tipo (ônus) foi consagrada no art. 519 do CPC português.

<sup>435</sup> SILVA, Paula Costa e. *Op. cit.* p. 97.

<sup>436</sup> Os precedentes do enunciado 301 da Súmula de jurisprudência do STJ são os seguintes: REsp 460302 PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 320; AgRg no Ag 498398 MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ 10/11/2003, p. 188; REsp 409285 PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/05/2002, DJ 26/08/2002, p. 241; REsp 256161 DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/09/2001, DJ 18/02/2002, p. 411; REsp 141689 AM, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 08/06/2000, DJ 07/08/2000, p.

mencionada é relativa, admitindo-se prova em contrário. Desse modo, existindo outros elementos de convicção em sentido contrário, capazes de infirmar a conclusão no sentido do vínculo de paternidade, não se firmará, obviamente, a presunção.

Portanto, a recusa não acarreta necessariamente, e de forma automática, a presunção de veracidade<sup>437</sup> dos fatos alegados na petição inicial, conforme resta esclarecido no teor dos precedentes que deram origem ao enunciado 301, especialmente o REsp 409285<sup>438</sup> PR (Rel. Ministro Aldir Passarinho Jr., Quarta Turma, julgado em 07/05/2002, DJ 26/08/2002, p. 241).

No mesmo sentido do verbete 301 da Súmula do STJ, houve a inserção da regra do parágrafo único do art. 2º-A da Lei 8560/92, pela Lei 12.004/2009, prevendo que a negativa do réu em se submeter ao exame de código genético (DNA) gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Oportuno destacar que a Quarta Turma do STJ no julgamento do RESP 714969/MS<sup>439</sup>, afastou a possibilidade de firmar a presunção em função da negativa dos descendentes do

---

104; REsp 135361 MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta turma, julgado em 15/12/1998, DJ 15/03/1999, p. 229; REsp 55958 RS, Rel. Ministro Bueno de Souza, Quarta Turma, julgado em 06/04/1999, DJ 14/06/1999, p. 192. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula301.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf). Acesso em 16/07/2016.

<sup>437</sup> CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá. p.285.

<sup>438</sup> No julgamento do Recurso Especial 409285, a Quarta Turma do STJ afirmou que a recusa do investigado à submissão ao exame de DNA constitui prova desfavorável, a permitir que se firme presunção relativa a partir da análise do contexto probatório global dos autos, conforme se afere da ementa do referido aresto: “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO DE ADIAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. CPC, ART. 565. JULGAMENTO NA DATA PREVISTA NA PAUTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211-STJ. EXAME DE DNA. RECUSA PELO RÉU. PRESUNÇÃO COMO PROVA. LIMITES.

I. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" - Súmula n. 211/STJ.

II. Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai.

III. Todavia, tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para limitar a extensão dos efeitos da aludida recusa do investigado”. (RESP 409285, 4ª turma do STJ, relator Min Aldir Passarinho, publicado no DJE 26/08/2002).

<sup>439</sup> “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA NAO CONHECIDA. IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. JUÍZO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECUSA DOS DESCENDENTES AO EXAME DE DNA. NAO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 301/STJ. DEMONSTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A GENITORA E O INVESTIGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME POR ESTA CORTE ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NAO CONHECIDO.

falecido genitor em cederem tecido humano para exame de DNA, sob o fundamento de tratar-se de direito personalíssimo.

Não obstante, à luz do dever de colaboração no campo probatório previsto no art. 379 do CPC, inexistente razão para distinguir a situação do genitor na ação de investigação de paternidade, daquela dos herdeiros na mesma espécie de demanda para firmar a paternidade *post mortem*.

A distinção também não se justificaria pelo fato de o direito tutelado ser o mesmo nos dois casos: o direito da personalidade consistente em descobrir a ascendência biológica, que prevalece no confronto com o suposto direito personalíssimo dos herdeiros do falecido genitor de não fornecerem material genético para o exame de DNA. Se até mesmo os terceiros são obrigados a colaborar no processo para a descoberta da verdade, com maior razão, as partes, revelando-se despropositada a distinção efetuada no referido acórdão.

Apesar de os herdeiros do genitor (pai ou mãe) falecido não serem obrigados a coercitivamente fornecerem material genético, devem, ao menos, arcar com as consequências adversas: a presunção desfavorável.

A adoção do entendimento firmado no acórdão citado termina por estimular a negativa em colaborar dos herdeiros, porquanto sabedores de que não estão obrigados à colheita de material genético, e nem suportarão qualquer consequência negativa em função da recusa em cooperar.

Ao tratar das presunções judiciais, Cândido Rangel Dinamarco<sup>440</sup> anota com precisão que os artigos 231 e 232 do Código Civil, apesar aparentemente pontuais, abrem caminho para uma proveitosa interpretação do art. 131 do antigo CPC correspondente ao art. 371 do atual CPC, admitindo a possibilidade de o comportamento da parte servir como elemento de convicção para a apreciação das questões de fato pelo Juiz.

---

1. Diante da imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, não há como reconhecer a decadência prevista nos artigos 178 9º VI e 362 do Código Civil revogado.

2. A falta de prequestionamento torna o recurso deficiente pela carência de pressuposto específico de admissibilidade. Aplicação da Súmula 282/STF.

3. A presunção relativa decorrente da recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, cristalizada na Súmula 301/STJ, não pode ser estendida aos seus descendentes, por se tratar de direito personalíssimo e indisponível.

4. A Súmula n.º 07/STJ impossibilita a verificação, em sede de recurso especial, sobre a existência de apontado relacionamento amoroso entre a genitora da recorrente e o suposto pai.

5. Recurso especial não conhecido. (REsp 714969/MS, Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma do STJ, julgado em 04.03.2010)”.<sup>440</sup>

<sup>440</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. III.** 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 124.

Luiz Guilherme Marinoni, comentando o art. 231 do Código Civil, pontua que o comportamento da parte pode ter relevância processual, autorizando a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença pelo Juiz.<sup>441</sup>

A presunção de paternidade, contudo, não resolverá todos os casos, especialmente quando constam diversos réus no polo passivo e todos se recusam a colher material genético para a realização do exame de DNA<sup>442</sup>. Nesse caso, haverá a incompatibilidade entre as presunções firmadas, na medida em que presumir a paternidade de um dos réus acarreta automaticamente a exclusão do vínculo dos demais.

#### 4.1.5.2 Concessão de tutela de evidência punitiva

O art. 311 do atual CPC permite que seja valorada a conduta do abuso do exercício do direito de defesa da parte para a concessão da tutela de evidência<sup>443</sup>.

É a denominada tutela de evidência punitiva, concedida para servir de sanção ao réu “quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório”. A expressão “abuso do direito de defesa” abrange os casos de defesas incoerentes apresentadas na contestação, e também a formulação de incidentes infundados, solicitação de provas desnecessárias, interposição de recursos meramente protelatórios, formulação de requerimentos já indeferidos, retenção indevida dos autos do processo.<sup>444</sup>

<sup>441</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: RT, 2015. p. 224. BODART, Bruno. **Tutela de evidência**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.137.

<sup>442</sup> Aponta Eduardo Cambi as situações que não são passíveis de serem solucionadas pelo verbete 301 da Súmula de jurisprudência do STJ: “Ademais há situações em que a presunção jurisprudencial, prevista na Súmula 301/STJ não consegue definir quem é o pai da criança. Por exemplo, imagine-se que uma criança de doze anos é estuprada, pelo padrasto e seus dois irmãos, engravidando, em razão disso. Mantida a posição do STF de que ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo, em razão do direito constitucional ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação), não há como definir quem é o pai da criança. ” CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014.p. 287.

<sup>443</sup> Fernando Heñin cita a antecipação dos efeitos da tutela prevista no art, 273 do CPC/73 como exemplo de valoração judicial da conduta da parte em juízo. HEÑIN, Fernando. Valoración judicial de la conducta procesal. **Revista de Processo**. v. 170, São Paulo: RT, 2009. p. 59-93.

<sup>444</sup> DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª edição. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 635-636. v. II.

Desse modo, firma-se uma presunção de que o contendor desleal não teria razão<sup>445</sup>, com base na máxima da experiência de que o exercício abusivo de situação jurídica processual - no caso em questão, o abuso do direito de defesa - visa a evitar o êxito da pretensão da parte contrária.

Trata-se, presumidamente, de expediente utilizado por quem não tem razão, para obstar o andamento do processo, evitando que a outra parte tenha a fruição do bem da vida. Por isso, parte-se da premissa de que há maior probabilidade de existência do direito invocado pelo demandante.

Justificável, pois, a concessão da tutela de evidência, para que o réu desleal arque com o ônus do tempo do processo<sup>446</sup>. A adoção deste tipo de sanção é ferramenta eficaz para estimular o réu a adotar conduta cooperativa a garantir a regular marcha processual<sup>447</sup>.

#### 4.1.5.3 Recusa injustificada à exibição de documento

A exibição de documentos é instrumento destinado à aquisição de provas (documentos) para integrar o material probatório de futura ação ou de demanda já proposta<sup>448</sup>.

O direito à exibição de documentos, conforme acentuam Luigi Paolo Comoglio, Conrado Ferri e Michele Taruffo, no passado, era justificado com base no Direito substancial. Asseveram, contudo, restar superada tal concepção nos tempos atuais, configurando a ordem de exibição um instrumento ao qual se recorre para satisfazer um interesse meramente processual consistente no fornecimento de provas dos fatos relevantes para o processo<sup>449</sup>.

<sup>445</sup> “Se todas as partes do processo devem buscar tanto quanto possível a verdade, porque uma delas, imotivadamente, se recusaria a cumprir uma determinação judicial que tem justamente o intuito de elucidar os fatos, ou colocá-los sob análise de novas provas? A resposta vem da experiência: porque a elucidação dos fatos ou o maior aporte probatório ao processo acarretaria em um aumento do grau de probabilidade da versão fática da parte contrária”. LESSA, Guilherme Thofehrn. Ausência de colaboração e evidência no Direito. **Revista de Processo. V. 246. São Paulo: RT, 2015. p 147-169.**

<sup>446</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª edição. São Paulo: RT, 2011. p. 271.

<sup>447</sup> “Não deixa de ser uma sanção à conduta desleal de um sujeito do processo; porém ao conceder ao autor o acesso imediato ao bem da vida que persegue, torna-se muito mais eficaz na tarefa de estimular a parte ex adverso a contribuir para o regular desenvolvimento do feito”. BODART, Bruno. **Tutela de evidência**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.138.

<sup>448</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 2ª edição Turim: UTET, 2004.p.557.

<sup>449</sup> “In passato, ed essenzialmente a causa della mancanza di specifiche norme al riguardo, si riteneva che un’actio ad exhibendum potesse essere esperita solo da cui che potesse vantare un diritto sostanziale sul

O fundamento atual do direito à exibição e do correlato dever de exibição repousa nos princípios da boa-fé e da cooperação (arts. 5º, 6º e 378 do CPC) para permitir o aporte de material probatório necessário ao julgamento da pretensão deduzida em juízo, de forma a garantir uma melhor reconstrução dos fatos, possibilitando a prolação de uma decisão justa.

A exibição de coisa ou documento é disciplinada nos arts 396 a 404 do CPC, e a inovação no atual CPC foi a previsão da possibilidade de imposição de multa cominatória para compelir a parte a cumprir a ordem de exibição, superando-se o entendimento consagrado no verbete 372 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vedava a aplicação de multa cominatória na ação de exibição de documento.

Como forma de coibir o comportamento desleal, foi previsto no art. 400 do CPC que a falta de exibição injustificada de documento pode resultar na presunção de veracidade dos fatos que se pretendia provar<sup>450</sup>. Trata-se de presunção relativa, que pode não se produzir, dependendo da análise das demais provas amealhadas aos autos do processo.

Sem embargo da possibilidade de se presumir desfavoravelmente a negativa em apresentar o documento, persegue-se, primordialmente, a obtenção da prova, o que justifica a prévia tentativa de utilizar os meios de coerção, indução e de sub-rogação para esse fim.

Frise-se, que há casos nos quais nem mesmo possível será a aplicação da presunção de veracidade dos fatos, que se pretendia comprovar com o documento, devido à falta de elementos mínimos nos autos a delimitar o *fato probandum*<sup>451</sup>.

---

document. Questa concezione del diritto alla esibizione appare tuttavia superata, e l'ordine di esibizione si configura come uno strumento al quale si ricorre per soddisfare un interesse meramente processuale, connesso all'esigenza di fornire la prova di fatto rilevanti per la decisione". No passado e essencialmente por causa da falta de norma específica a este respeito, se considerava que uma ação de exibição somente poderia ser proposta por aqueles que pudessem ostentar um direito substancial sobre o documento. Esta concepção do direito à exibição parece superada e a ordem de exibição se configura como um instrumento ao qual se recorre para satisfazer um interesse meramente processual, conexo à exigência de fornecer a prova de fatos relevantes para a decisão. Tradução livre. COMOGLIO, Luigi Paolo et al. **Lezione sul processo civile**. 11ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 529. V.. I.

<sup>450</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que ao se examinar os compromissos específicos em matéria probatória nota que a sanção normalmente atribuída é a presunção de veracidade do fato: “Nesse caso, a conduta da parte que se recusa a colaborar com o Poder Judiciário é tomado como indicativo de seu interesse em omitir algo ou em falsear a verdade do fato. Esta interpretação, aliás, como pondera Ivan Righi, independe de previsão legal específica, já que os comportamentos das partes, revelado através dos atos que praticam e das atividades que omitem no curso do processo é fato jurídico com relevância probatória.” MARINONI, Luiz Guilherme et al. **A prova**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p. 164.

<sup>451</sup> Relativamente aos casos em que não será possível firmar a presunção apresenta Daniel Assumpção Neves como exemplo, as demandas propostas para pagamento dos expurgos dos planos econômicos: “Basta imaginar hipótese comum em muitas ações que env. vem planos econômicos por meio das quais a parte pede a exibição de extratos bancários para demonstrar a existência de conta-corrente à época do plano e do valor depositado.” NEVES, Daniel Assumpção. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord CABRAL, Antonio do Passo et al. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015.p. 612. Entendemos que no caso dos autores desse tipo de ação, estes devem, ao menos, comprovar que eram titulares das contas poupança na

Portanto, a presunção desfavorável será sempre a última providência, quando malogradas as tentativas de obter, por meio de medidas coercitivas, indutivas e sub-rogatórias, o documento cuja exibição foi determinada.

#### 4.1.5.4 Presunção no caso de falta de apresentação de contestação e de impugnação especificada dos fatos alegados na petição inicial

Dentre as condutas previamente valoradas pelo legislador, é incluída a omissão em apresentar contestação como fonte da presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial (art.344 do CPC).

A razão da regra repousa em dois fundamentos: o primeiro reside na ênfase do dever de o réu colaborar, trazendo aos autos argumentação acerca dos fatos e do enquadramento jurídico; o segundo no caráter disponível dos direitos em discussão no processo.

Desse modo, se não houver impugnação dos fatos narrados, estes se reputam incontroversos, e inexistiria o ônus de o autor comprová-los.

O denominado princípio da não contestação<sup>452</sup> torna mais expedito o desenvolvimento do processo, na medida em que reputa dispensável a prova dos fatos não impugnados, e, por conseguinte, incontroversos.

Na Itália, contudo, o tratamento é diverso, pois a regra do art. 115 do CPC italiano<sup>453</sup> prevê que o juiz pode pôr como fundamento da decisão os fatos não impugnados pela parte,

---

época dos planos econômicos, cabendo somente aos bancos a apresentação de outros extratos referentes a tais períodos. A presunção de veracidade do que se pretendia provar não será possível quando inexistir um número mínimo de extratos para ao menos permitir a realização de cálculos por estimativa. Em ações ajuizadas em face da administração pública, muitas vezes, não dispõe a parte de elementos mínimos que comprovem seu direito em razão de estarem os documentos na posse da Administração pública, o que inviabiliza que se firme a presunção.

<sup>452</sup> CARRATA, Antonio. **Il principio della non contestazione nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 1995. p. 3. O referido autor, apesar de reconhecer as vantagens desta técnica processual, de dispensar da prova os fatos implicitamente reconhecidos pela parte contrária por força da conduta omissiva, destaca que a sua aplicação encontram diversos obstáculos, dentre eles a falta de uma previsão similar a do art 138 da ZPO alemã. Op. cit. p. 8.

<sup>453</sup> Art. 115. CPC italiano. *Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.*

porém não há a previsão relativa à presunção de veracidade dos fatos alegados na peça vestibular.

Antes da alteração do CPC italiano, já predominava o entendimento de que a falta de apresentação da contestação não acarretava a presunção de veracidade dos fatos articulados na exordial, sob o fundamento da ausência de previsão legal nesse sentido. Compreendia-se que se aplicava o art. 116 comma 2 subsidiariamente, para que da conduta omissiva do réu revel se pudesse extrair argumentos de prova dos fatos alegados pelo autor. Antonio Carrata pontificava que a não-contestação deveria ser atribuída valor probatório inferior, de “meros argumentos de prova” nos termos do art. 116, comma 2º, do CPC italiano<sup>454</sup>. Mesmo depois da alteração promovida pela Lei 69/2009, que modificou a redação do art. 115 do CPC italiano, prevendo que o juiz pode colocar como fundamento da decisão os fatos não contestados pela parte, não há aplicação automática da confissão ficta.<sup>455</sup> Continua sendo valorada a contumácia do réu<sup>456</sup> como argumento de prova para a formação do convencimento do magistrado, solução que privilegia a busca da verdade no processo.

O sistema difere do adotado no Brasil, em que são considerados provados os fatos articulados na exordial em caso de revelia, salvo se os direitos em testilha forem indisponíveis, ou inverossímil a narrativa exposta na petição inicial. A mudança promovida no atual CPC, no IV do art. 345, foi o reforço de entendimento majoritário em sede jurisprudencial de que a falta de contestação não acarretará a presunção de veracidade dos fatos articulados na exordial, em razão da análise das provas constantes dos autos<sup>457</sup>, mitigando o tratamento rigoroso dispensado ao réu revel. Trata-se de presunção relativa, que pode ser afastada em face da existência de provas em sentido contrário<sup>458</sup>.

<sup>454</sup> CARRATA, Antonio. **Il principio della non contestazione nel processo civile**. 1ª edição. Milão: Giuffrè, 1995. p. 8.

<sup>455</sup> Luigi Paolo Comoglio, Michele Taruffo e Conrado Ferri apontam que a contumácia em si não constitui uma aquiescência com os fatos alegados, não levando necessariamente a uma decisão favorável ao autor. COMOGLIO, Luigi Paolo et al. **Lezioni di processo civile**. v. I 5ª edição. Bolonha: Il Mulino, 2011. p. 301. No mesmo sentido, TEDOLDI, Alberto. La non contestazione nel nuovo art. 115 CPC. **Rivista di diritto processuale**. Pádua: CEDAM, 2011. V. LXVI. P. 76-96.

<sup>456</sup> “La collocazione del principio di non contestazione non há, pertanto, che una valenza negativa e persino banale: è mera riaffermazione della natura lato sensu probatória della non contestazione, che rientra nell’ampio spettro della discrezionalità giudiziale in materia de prove, secondo i generali criteri del prudente apprezzamento e dell’intime conviction di ciascuno giudice sul caso singolo, sino al possibile utilizzo della regola sussidiaria di giudizio sull’onere della prova onde evitare non liquet.” TEDOLDI, Alberto. La non contestazione nel nuovo art. 115 CPC. **Rivista di diritto processuale**. Pádua: CEDAM, 2011. V. LXVI. p. 76-96.

<sup>458</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.80 v. II. Assinala William Santos Ferreira que tecnicamente os efeitos da revelia incidiriam antes da valoração, o que



Neste ponto, há um abrandamento do rigor no tratamento dispensado ao réu revel, porém os efeitos ainda são mais severos do que aqueles previsto no CPC italiano, em que a inatividade é livremente valorável pelo juiz. Analisando a inatividade do réu à luz do princípio da isonomia, Guilherme Tambarussi Bozzo entende que esta omissão deveria ser considerada um comportamento livremente valorável, propondo, para tanto, a inserção de uma regra, como a prevista no art. 115 do CPC italiano no CPC brasileiro<sup>459</sup>.

A contestação que não impugna especificadamente os fatos articulados na petição inicial, também é objeto de valoração, acarretando a presunção de veracidade dos fatos não impugnados, nos termos do art. 344 do CPC, ressalvando-se as exceções do art. 345 do CPC<sup>460</sup>.

Sendo a contestação um ato postulativo, no qual a vontade é aferida segundo a exegese lógico funcional<sup>461</sup>, é previsto que o referido efeito não é produzido quando, não obstante a ausência de impugnação especificada, houver contradição entre os fatos articulados na exordial e o conjunto da defesa oferecida na contestação. Neste particular, há a interpretação global da argumentação expendida na peça de resistência, atendo-se mais à vontade externada do que ao sentido literal da linguagem empregada<sup>462</sup>. Também não se firmará a presunção, quando os fatos alegados na petição inicial forem inverossímeis, a pretensão envolver

---

ocorreria seria o afastamento por “prova em contrário”. FERREIRA, William. **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coord WAMBIER, Teresa Arruda et al. São Paulo: RT, 2015. p.1002.

<sup>459</sup> A desigualdade no tratamento dispensado pelo legislador ao autor e ao réu no tocante às consequências das condutas inativas é bem exposta por Guilherme Tambarussi Bozzo: “Entretanto, da maneira como posta hoje pelo legislador, a rigor, a inatividade” do autor não poderia ser considerada um comportamento processual, pois averiguada, não influi no desfecho do mérito da controvérsia, mas acarreta apenas a extinção do processo sem resolução do mérito. Já a revelia, não so foi considerada uma forma de comportamento processual, como os efeitos desse comportamento no mérito da decisão foram predispostos pelo legislador (art.344, do CPC/2015)”. BOZZO, Guilherme Tambararussi. **Inatividade das partes no processo civil brasileiro: análise dogmática à luz da isonomia entre os litigantes**. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2016.p. 101 Para assegurar a isonomia, propõe de lege ferenda a inserção de uma cláusula geral, nos moldes dos arts 115 e 116 do CPC italiano, considerando a inatividade do réu livremente valorável pelo juiz. *Loc cit*

<sup>460</sup> A presunção de veracidade quanto aos fatos não impugnados na contestação é relativa e, portanto, poderá ser infirmada pelo julgador, quando da formação do seu livre convencimento em face das provas constantes dos autos" (AgRg no Ag 1047677/SP, Rel. Min.MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJ de 13.03.2009).

<sup>461</sup> Nesse sentido, é o Enunciado 286 do Forum Permanente de Processualistas Civis: “Aplica-se o § 2º do art. 322 à interpretação de todos os atos postulatorios, inclusive da contestação e do recurso”.

<sup>462</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de processo Civil**. 18ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 595. V. I.

discussão acerca de direitos indisponíveis, ou houver elementos probatórios em sentido contrário<sup>463</sup>.

#### 4.1.5.5 Aplicação da pena de confissão na recusa em depor

A falta de comparecimento ao depoimento pessoal, bem como o emprego de respostas evasivas durante a colheita das declarações em juízo podem ser presumidas desfavoravelmente à parte, aplicando-se a pena de confissão, nos termos do § 1º do art. 385 e 386 do CPC, como meio de estimular a sua colaboração.

Segundo parcela da doutrina, a confissão nesse caso não seria uma presunção, e sim uma ficção, porquanto ausente o juízo de probabilidade dos fatos alegados pela outra parte<sup>464</sup>.

Sem embargo da previsão expressa da confissão ficta, estaria o juiz vinculado a tal ficção ou presunção, ou poderia julgar em sentido diverso, em virtude do acervo probatório?

Na linha do entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, por meio da exegese do art. 385 com o art. 386, ambos do CPC, a confissão ficta não pode ser erigida como elemento probatório absoluto, podendo o juiz julgar em sentido diverso, se se convencer do contrário, à luz das provas dos autos<sup>465</sup>. Nessa mesma vertente, Eduardo Cambi<sup>466</sup> assinala que o não comparecimento e a ausência de respostas às perguntas formuladas no depoimento pessoal, não acarretariam necessariamente a confissão ficta, pois o juiz pode deduzir do comportamento da parte argumentos de prova, a exemplo do previsto no art. 116, *comma* 2º, do CPC italiano.

## 4.2 Aplicabilidade a outras hipóteses não previstas legalmente

---

<sup>463</sup> "A presunção de veracidade quanto aos fatos não impugnados na contestação é relativa e, portanto, poderá ser infirmada pelo julgador, quando da formação do seu livre convencimento em face das provas constantes dos autos" (AgRg no Ag 1047677/SP, Rel. Min.MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJ de 13.03.2009).

<sup>464</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A presunção e as provas. **Temas de Direito processual**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55-71.

<sup>465</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.462.

<sup>466</sup> CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. 1ª edição Curitiba: juruá, 2014. p.384.

Constatamos que as hipóteses de valoração judicial da conduta da parte previstas expressamente pelo legislador não são aptas a solucionar todos os problemas relacionados à falta de colaboração na produção da prova.

A existência dessas regras, aliada à cláusula geral da boa-fé, ao princípio da cooperação e aos deveres advindos destes princípios, conduz à conclusão de que se pode extrair “argumentos de prova”, indícios, com base no comportamento das partes em outras hipóteses, além daquelas previstas em Lei.

A este propósito, indaga-se: poder-se-ia aplicar a regra de exibição de documentos, quando há a negativa à prestação de informações<sup>467</sup>, inovação ilegal no estado de fato a impedir o êxito da parte contrária na demanda?

Nesses casos, entendemos que deve ser possível valorar desfavoravelmente a conduta, especialmente pelo fato desta inviabilizar o aporte de determinada prova essencial ao julgamento da demanda.

A inovação ilegal no estado de fato do processo é conduta contrária à boa-fé que configura ato atentatório à dignidade da justiça( inc IV do art. 77 do CPC), enseja a aplicação de multa e a sanção consistente na proibição de falar nos autos. A possibilidade de firmar presunção desfavorável é uma das consequências possíveis, não obstante a ausência de previsão expressa, por prejudicar a produção da prova pericial, partindo-se da premissa de que seria favorável à parte contrária.

No caso do fornecimento de informações sobre fatos relevantes, a omissão da parte poderá resultar na presunção desfavorável a seus interesses, dependendo do acervo probatório.

O ideal seria a previsão na ação de exibição de documentos do dever de fornecer informações, nos moldes do estabelecido no Anteprojeto do grupo de pesquisa de Direito probatório da faculdade de Direito da UERJ, coordenado pelo professor Leonardo Greco. No referido anteprojeto, no art. 89, consta que o juiz poderá ordenar que a parte exhiba documento ou coisa ou forneça informação ou reprodução de documento que se encontre em seu poder<sup>468</sup>.

---

<sup>467</sup> No anteprojeto do grupo de pesquisa de Direito probatório da Faculdade de Direito da UERJ coordenado por Leonardo Greco houve a ampliação da exibição do documento ou coisa para abranger o fornecimento de informações, suprimindo a lacuna existente quanto à falta de previsão expressa de consequências processuais à falta de fornecimento de informações relevantes. GRECO, Leonardo. A reforma do Direito probatório no processo civil brasileiro-anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro. **Revista eletrônica de Direito processual**. v. 13. Janeiro a junho/2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923>. Acesso em 10/07/2016.

<sup>468</sup> GRECO, Leonardo. A reforma do Direito probatório no processo civil brasileiro- anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro.

Muitas vezes não terá a parte contrária um documento a ser exibido, que possa ser objeto de eventual busca e apreensão, porém deterá informações relevantes.

Dentro de um quadro de penúria probatória, quando não há o aporte de uma prova relevante aos autos em virtude da conduta de uma das partes, deve ser sempre presumido o fato que se pretendia provar com a prova omitida<sup>469</sup>.

Não se deve olvidar que a presunção, mecanismo de facilitação da atividade probatória, deve atuar de forma subsidiária, quando impossível a realização da prova direta do fato *probandum*.

Nos subitens abaixo serão analisadas outras hipóteses de valoração judicial da conduta da parte.

Apenas ressaltamos que os casos elencados não esgotam as possíveis hipóteses de aplicação da valoração judicial da conduta da parte no processo.

#### 4.2.1 Negativa de submissão à inspeção judicial, reconhecimento de pessoas e coisas, e reconstituição dos fatos

Outra hipótese não disciplinada de presunção por descumprimento do dever de colaboração é o da parte que se recusa a submeter-se à inspeção ou a apresentar a coisa sobre a qual incide o referido meio de prova.

No mesmo artigo concernente à inspeção judicial, faz-se menção à reconstituição dos fatos no inc III do art. 483 do CPC, sem maiores minúcias acerca do procedimento para a realização da referida diligência. Entendemos que o inc. II do art. 483 do CPC também abarcaria o reconhecimento de pessoas e coisas, que também não tem o procedimento disciplinado no referido Código.

Portanto, a reconstituição dos fatos e o reconhecimento de coisas e pessoas podem ser realizados no curso da inspeção judicial. Em virtude da falta de previsão de seu procedimento, considera a doutrina tratar-se de um caso de atipicidade probatória procedimental<sup>470</sup>.

---

**Revista eletrônica de Direito processual.** v. 13. Janeiro a junho/2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923>. Acesso em 10/07/2016.

<sup>470</sup> AMARAL, Paulo Ostermack do. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p. 94. CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito probatório.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 68.

Assim, aplica-se o procedimento da inspeção judicial, suprindo-se as lacunas por meio da incidência subsidiária da disciplina da reconstituição dos fatos e reconhecimento de coisas e pessoas constante do CPP (arts. 169 e 226 a 228)<sup>471</sup>. Em resumo, aplica-se o procedimento da inspeção judicial juntamente com os detalhamentos previstos no CPP nos dispositivos susomencionados.

O inciso II do art. 379 do Código de Processo Civil prevê que a parte deve colaborar com o juízo na realização da inspeção judicial. Conquanto no *caput* tenha sido feita alusão ao direito da parte de não produzir prova contra si própria, tal regra não pode ter o alcance de evitar no âmbito dos processos civis que a parte colabore com a veraz averiguação dos fatos. O *caput* do art. 379 do CPC consagra apenas o direito à não autoincriminação, quando houver efeitos na esfera penal conforme abordado no item 2.2.

Destarte, tal previsão não poderia justificar a conduta da parte em se recusar a participar da inspeção judicial.

Não obstante a lacuna, a doutrina<sup>472</sup> tem entendido ser possível aplicar raciocínio de que a negativa da parte ocorre com o escopo de evitar a demonstração de fatos contrários aos seus interesses, permitindo-se que se firme a presunção de veracidade dos fatos que se pretendia provar com a inspeção, abarcando as hipóteses de reconstituição dos fatos e reconhecimento de pessoas e coisas. Adota-se o mesmo tratamento da exibição de documentos e do depoimento pessoal, mediante a interpretação sob a diretriz da boa-fé e da cooperação.

#### 4.2.2 Falta de comparecimento ao interrogatório livre e prestação de respostas evasivas

Diversamente do depoimento pessoal, o escopo do interrogatório livre, previsto no art. 139 VIII do CPC, é o de esclarecer os fatos relevantes da demanda<sup>473</sup>, inexistindo a finalidade de obtenção da confissão.

---

<sup>471</sup> CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 68.

<sup>472</sup> Neste sentido, confira-se MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.887. DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.3 07. V. II. CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014. p. 613.

<sup>473</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte del sistema dell'oralità**. Milão: Giuffrè, 1962, p. 79-81. Tomo I

Segundo Mauro Cappelletti, o interrogatório informal da parte não seria primariamente um meio de prova, mas de esclarecimento dos fatos do processo (*ad clarificandum*); e por essa razão, sua disciplina no CPC italiano situa-se no título concernente aos poderes do juiz, ao passo que o depoimento pessoal é previsto como meio de prova na seção referente à instrução probatória<sup>474</sup>.

A mesma observação pode ser feita em relação ao novo CPC, em que o depoimento pessoal é disciplinado nos arts. 385 a 388, e o interrogatório livre previsto no título referente aos poderes do juiz (inc. VIII do art. 139). Registre-se, que no CPC/1973, tanto o depoimento pessoal, quanto o interrogatório livre eram disciplinados no mesmo capítulo, desconsiderando as diferentes finalidades de ambos.

O propósito do interrogatório livre é colocar o juiz em contato com as partes, promovendo uma maior imediação para adquirir um conhecimento mais amplo sobre os fatos da causa, sem uma finalidade especificamente probatória.<sup>475</sup>

No entanto, não há como afastar a possibilidade de fornecer o interrogatório livre elementos probatórios para a formação da convicção do Juiz, ao menos indiretamente. Nessa linha, Cappelletti ressaltava a dificuldade prática de separar as alegações (declarações de vontade da parte) das informações (declarações de cunho probatório)<sup>476</sup>, concluindo, que as informações poderiam ter função probatória, de forma indireta.

De fato, o CPC italiano no art. 116, *comma* 2º, prevê que das respostas das partes no curso do interrogatório livre, disciplinado no artigo art. 117 do referido Código<sup>477</sup>, podem ser extraídos argumentos de prova aptos a influir no convencimento do juiz.

---

<sup>474</sup> Op. cit. p. 80.

<sup>475</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milão: Giuffrè, 1962. p. 62. tomo I.  
ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria Geral de la prueba judicial**. 3ª edição. Buenos Aires: Victor P. Zavalla ed, 1974. p 569.v. I

<sup>476</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milão: Giuffrè, 1962 p 80-81. V. I.

<sup>477</sup> Art. 117. (*Interrogatorio non formale delle parti*). *Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa. Le parti possono farsi assistere dai difensori.* O juiz em qualquer grau e estado do processo tem a faculdade de determinar o comparecimento das partes em contraditório entre si para interrogá-las livremente sobre os fatos da causa. As partes podem fazer-se assistir por defensores, advogados. Disponível em <http://www.normattiva.it> acesso em 24/08/2016.

A intenção do legislador italiano, ao utilizar a expressão “argumentos de prova”, teria sido a de limitar a eficácia probatória das declarações das partes no curso do depoimento pessoal para que apenas servissem como elementos subsidiários de convencimento do juiz.<sup>478</sup>

No Brasil, inexistente regra análoga a limitar a suposta eficácia probatória das declarações prestadas no interrogatório livre.

Embora tenha como função primordial a de esclarecer os pontos relevantes da causa, complementando o material probatório colhido, não há como excluir a possibilidade de valoração favorável ou desfavorável pelo juiz das declarações prestadas pelas partes à luz das demais provas dos autos<sup>479</sup>.

Hernando Devis Echandía afirmava ser injustificável atribuir ao interrogatório livre, uma função meramente de esclarecimento; não somente pelo fato de ser inevitável o reconhecimento do caráter probatório indireto, mas também pela circunstância de não se poder descartar eventual admissão espontânea dos fatos pela parte, podendo o juiz valorar livremente o teor das declarações<sup>480</sup>. A tendência moderna seria, segundo o referido doutrinador, promover a fusão dos institutos do interrogatório livre e depoimento pessoal,<sup>481</sup> reconhecendo valor probatório às declarações da parte, mediante a submissão às regras do livre convencimento motivado<sup>482</sup>.

João Batista Lopes assinala que comparecer e prestar informações no interrogatório livre é um ônus da parte, que deve arcar com o risco de sofrer consequências adversas, caso se ausente ou se recuse a fornecer os esclarecimentos necessários<sup>483</sup>.

---

<sup>478</sup> Afirma Luigi Paolo Comoglio que o legislador teria previsto uma regra de prova legal limitativa no art. 116 comma 2º do CPC. No entanto, defende que os argumentos de prova não têm eficácia probatória pré-determinada. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 2ª edição. Turim: UTET, 2004 p. 524.

<sup>479</sup> Nesse sentido, ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria Geral de la prueba judicial**. 3ª edição. Buenos Aires: Victor P de Zavalla ed, 1974. p 570.

<sup>480</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria Geral de la prueba judicial**. V. I. 3ª edição. Buenos Aires: Victor P de Zavalla ed, 1974. p. 571.

<sup>481</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. Op. cit. p. 572.

<sup>482</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. Op. cit. p. 572.

<sup>483</sup> LOPES, João Batista, **A prova no direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 109.

#### 4.2.3 Apresentação de defesas incompatíveis

Embora tenha sido abordada a possibilidade de concessão da tutela de evidência punitiva em virtude do abuso no exercício do direito de defesa, entendemos oportuna a análise da possibilidade de aplicação de outros efeitos, mediante a valoração judicial da conduta hesitativa<sup>484</sup>, contraditória na apresentação da resposta do réu.

Ao formular teses defensivas contraditórias, estaria o réu violando a boa-fé, como também a garantia do contraditório do outro litigante, a causar um ruído na comunicação capaz de tumultuar a estratégia processual do autor?

Por outro lado, impor limites à regra da eventualidade significaria restrição indevida do contraditório e da ampla defesa do réu?

Estas questões serão objeto de análise neste item.

Conquanto denominado de princípio, a eventualidade não se enquadra nesta categoria de norma, visto que não é norma finalística fixadora de diretrizes a serem atingidas, pois prescreve conduta a ser praticada pelo réu<sup>485</sup> para afastar risco de prejuízo processual.

Trata-se de regra que prevê o ônus de apresentar o réu na resposta todos os argumentos e os pedidos de produção de provas,<sup>486</sup> ainda que haja a veiculação de teses contraditórias, sob pena de preclusão.

A articulação da defesa de forma escalonada, em linhas sucessivas, busca resguardar o direito de influir no convencimento do julgador, na eventualidade de ser denegada a linha de defesa precedente<sup>487</sup>.

<sup>484</sup> SABATÉ, Luis Munõz. 1ª edição. Barcelona: Práxis, 1967. p.403-404.

<sup>485</sup> Humberto Ávila distingue princípios e regras com base no critério da medida de contribuição para a decisão: “As Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua concretização. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78.

<sup>486</sup> “Esse princípio, também chamado de princípio da concentração, é uma exigência da lealdade e da boa-fé com que as partes devem atuar no processo, apresentando desde logo, em um único ato, sem omissões ou subterfúgios, todos os argumentos de fato e de direito, e todas as provas que possam militar a seu favor. Visa, assim, primordialmente, a evitar que o réu oculte argumentos ou provas, aguardando momento mais favorável para usá-lo contra o autor. Outro objetivo desse princípio é o de garantir que o processo marche ininterruptamente em direção ao fim, evitando-se retrocessos ou desvios.” GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 63-64 V. II.



Relativamente às provas, há no novo CPC a previsão expressa do momento de especificar as provas, razão pela qual não se poderia reconhecer a preclusão da falta de pedido de produção de provas na contestação.

Se não houvesse a preclusão rígida (com exceção da alegação superveniente das questões previstas no art. 342 do CPC)<sup>488</sup>, o réu poderia apresentar em diversos momentos processuais alegações defensivas como estratégia para procrastinar o feito<sup>489</sup>.

A regra da preclusão rígida<sup>490</sup>, aliada à concentração da apresentação da matéria de defesa na contestação, representa a concretização dos princípios da boa-fé e cooperação, duração razoável do processo, e atende às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Há dois sentidos para a regra da eventualidade: um mais amplo, para compreendê-lo como o ônus das partes de formularem suas alegações e pedidos de produção de prova em um único momento, ainda que incompatíveis entre si, sob pena de preclusão; e o outro mais restrito, para referir-se ao encargo de o réu apresentar na contestação todas as defesas, ainda que contraditórias<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> “Utiliza-se a denominação eventualidade, pois devem ser invocados todos os argumentos defensivos, ainda que contraditórios ou incompatíveis entre si, como medida de provisão, in eventum, para o caso de que algum deles seja rejeitado, oportunidade em que o juiz passará à análise do subsequente e a assim sucessivamente.” TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2005. p. 246.

<sup>488</sup> O sistema preclusivo previsto no CPC é rígido, conforme bem acentua Heitor Vitor Mendonça Sica. **Preclusão processual civil**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2-3. Não obstante, a doutrina tem defendido a flexibilização para a modificação do pedido e da causa de pedir em virtude da aplicação das garantias fundamentais do processo previstas na Constituição da República. Nesse sentido, afirma Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “Com base na necessidade de se atingir os escopos da jurisdição, porém, adotou-se como premissa que um sistema com flexibilidade é mais consentâneo com as garantias fundamentais do processo, já que permite que a demanda seja ajustada, para a prolação de uma decisão adequada às necessidades reais dos jurisdicionados. Nessa linha, diversas garantias do processo atuam em conjunto, a fim de construir a flexibilidade na mutação objetiva da demanda, mesmo diante de normas expressas no Código de Processo Civil”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo jurídico, 2014. p. 315-316.

<sup>489</sup> Sobre a função do princípio da eventualidade Everardo Sousa anota: “A eventualidade funda-se na necessidade de uma ordem lógica para o exercício das atividades processuais das partes. Só se verifica dentro do processo onde projeta os seus efeitos. Exerce uma função de índole especificamente processual, cuja inobservância é assegurada pelo sistema da preclusão. SOUSA, Everardo. Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil. **Revista Forense** julho/ setembro de 1975. p. 101-112.

<sup>490</sup> Lembramos as observações feitas quanto à possibilidade de flexibilização, por força da aplicação das garantias constitucionais fundamentais do processo, apesar de o CPC adotar um sistema preclusivo rígido, conforme exposto por RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p. 315-316.

<sup>491</sup> TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros Teixeira. **O princípio da eventualidade no processo civil**. 1ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 24-25. Entende este autor que nenhuma das concepções dimensiona com exatidão o princípio da eventualidade. Defende que este princípio também se dirige ao autor, porém não da forma larga defendida pela corrente ampliada. SICCA, Heitor adota a concepção mais

Embora concordemos com a concepção de que a eventualidade abarca a concentração das alegações do autor, e do réu no processo, o que interessa nesse subitem é aplicação da regra da eventualidade em relação à conduta do réu.

A regra da eventualidade teve origem no Direito italiano, porém se desenvolveu no processo comum alemão (*eventualmaxime*)<sup>492</sup> para concretizar a boa-fé e a duração razoável do processo, concentrando os meios de ataque e de defesa num único momento (petição inicial para o autor e contestação para o réu). As principais críticas à regra da eventualidade no sentido de que “incharia” o processo com questões e provas inúteis teriam surgido na Alemanha<sup>493</sup>.

De fato, a apresentação pelo réu de defesas incoerentes, além de condicionar o comportamento do juiz, que pode ser induzido a deferir provas inúteis, meramente protelatórias, também influencia a estratégia processual do autor, tornando mais complexa a realização da defesa de seus interesses em juízo.

---

ampla da eventualidade, segundo a qual esta abrange o ônus de concentração da postulação, tanto do autor quanto do réu, inclusive no âmbito extraprocessual, como se verifica da leitura do excerto a seguir transcrito: “O princípio da eventualidade pode também ser compreendido sob uma perspectiva mais ampla, levando-se em conta não apenas a preclusão endoprocessual gerada pelo exercício dos atos postulatórios, mas igualmente o efeito em processos futuros. Numa visão tradicional, apenas o réu estaria sujeito ao princípio da eventualidade em sua feição extraprocessual, pois a ele é imposto o ônus de alegar toda e qualquer matéria defesa, sob pena, de não o fazendo e sair vencido, não poder alegar nada que possa contrariar o comando emergente da sentença de procedência, por força da chamada eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508). Já o autor que saiu vencido poderia vtar a juízo perseguindo o mesmo bem da vida desde que alterasse a causa de pedir ou o pedido, de modo a descaracterizar a tríplice identidade (art. 337, § 2º e 4º). Embora não seja oportuno tratar aqui, há que se reconhecer que essa quebra da paridade de armas resta de certa forma atenuada pela ampliação dos limites objetivos da coisa julgada material, imunizando-se a questão prejudicial (art. 503, § 1º).” SICA, Heitor Mendonça. **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coordenação ALVIM, Tereza Arruda et al. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015, p 920-921. Antonio do Passo Cabral parece adotar o entendimento mais amplo de eventualidade, ao citar como exemplo de incompatibilidade de comportamento contraditório a apresentação de defesas incoerentes entre si permitida pela regra da eventualidade. CABRAL, Antonio. **Nulidades no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 322.

<sup>492</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. 1ª edição. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 1ª edição Curitiba: Juruá, 2009. p. 85. “O princípio da eventualidade desenv.veu-se no processo comum (conforme § 6º) através do Direito italiano, onde tem sua origem”.

<sup>493</sup> TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros Teixeira. **O princípio da eventualidade no processo civil**. 1ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. Antonio Segni averbou que os resultados da aplicação do princípio da eventualidade não eram satisfatórios, vez que ao final a celeridade havia sido sacrificada pela bondade da decisão, o procedimento havia se tornado artificioso, dando falsa representação da realidade jurídica extraprocessual. O processo de fato ficava inchado de uma infinidade de provas e de questões que as partes somente alegavam tempestivamente, porque pelo princípio da eventualidade temiam ver preclusa a proposição. SEGNI, Antonio. **Principio di eventualità e riforma de processo civile**. Scritti Giuridici. V. I. Turim: Editore Torinese, 1965.p. 353.

É feita alusão a uma “autocontradição permitida” em virtude da qual seria possível a articulação de defesas contraditórias entre si, mas cuja admissibilidade teria como diretriz o princípio da moralidade processual.<sup>494</sup>

Não há como reconhecer contradição na apresentação de defesa processual e defesa de mérito.

Em princípio, não haveria óbice ao oferecimento de defesa direta de mérito e indireta. Consoante já afirmado, trata-se, em verdade, de formulação de linhas sucessivas de defesa na contestação para a eventualidade de não ser acolhida a defesa precedente<sup>495</sup>. A análise ocorre em planos distintos, o que, em princípio, não violaria os deveres éticos emergentes da boa-fé objetiva.

Diversa é a hipótese de alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo incompatível com a negação do fato constitutivo, visto que a defesa indireta pressuporia neste caso o reconhecimento do fato constitutivo do direito do autor. Pode ser aventada ainda, a impossibilidade de duas defesas indiretas de mérito logicamente incompatíveis.

No entanto, a técnica da eventualidade utilizada na redação da peça de resistência visa a afastar o efeito de reconhecimento de fato refutado na defesa direta, admitindo-se “somente para argumentar” a apresentação da defesa indireta.

Ocorre que, em certos casos, mesmo a utilização da técnica da eventualidade na contestação para a estruturação das linhas defensivas não será capaz de superar a incoerência lógica da defesa, revelando-se patente a ofensa à boa-fé e ao contraditório<sup>496</sup>.

Somente a análise do caso concreto permitirá aferir se houve vulneração ou não da boa-fé, ou seja, averiguar se foram ultrapassados os lindes éticos da “autocontradição

---

<sup>494</sup> EGUREN, Maria Carolina. El principio de eventualidade procesal: los alcances de una autocontradicción permitida. in **Princípios procesuales**. Diretor PEYRANO, Jorge W. Coord BARBERIO, Sérgio et al. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni ed, 2011. p.458 Tomo I.

<sup>495</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz, Mitidiero, Daniel. **Curso de Processo civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015.p. 365.v. I

<sup>496</sup> “Contudo, pode o réu, valendo-se da regra da eventualidade, articular defesa de mérito indireta- em que o fato constitutivo poderia ser dito implicitamente aceito “- e ao mesmo tempo, apresentar defesa de mérito direta- negando expressamente o fato constitutivo. Nesse caso, o fato expressamente negado na defesa direta, considerada a regra da eventualidade não é admitido na indireta. (...) Porém, pode existir manifesta incompatibilidade lógica entre contestar o fato constitutivo e o aceitar na via indireta. Perceba-se o caso em que em que o réu afirma que a mercadoria entregue possui vícios, é impossível negar a sua entrega, pois o juiz para verificar a existência de vícios, deve necessariamente admitir a entrega da mercadoria. Entretanto, como há pouco adiantado, nada impede o réu de alegar prescrição, parcelamento e não cumprimento do contrato, e ao mesmo tempo negar o empréstimo ou negar o contrato, pois a verificação da prescrição, do parcelamento e do não cumprimento do contrato não exige necessariamente que o juiz admita a ocorrência do empréstimo e a existência do contrato”. MARINONI, Luiz Guilherme, Arenart, Sérgio Cruz, Mitidiero, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 1ª edição São Paulo: RT, 2015.p. 366. V. II.

permitida”. Nestes casos, nem mesmo a técnica de elaboração da contestação valendo-se da eventualidade terá o condão de afastar o caráter incoerente da defesa.<sup>497</sup>

Quando há a apresentação de versões absolutamente contraditórias dos fatos, torna-se mais difícil ao autor planejar suas ações e exercer de forma eficaz atos de influência.

Permitir ao réu a apresentação de fundamentos defensivos absolutamente incompatíveis importaria na violação do princípio da igualdade, pois o autor se submete a um rigoroso controle da petição inicial.

Por outro lado, o demandante pode emendar a exordial até a citação do réu, e posteriormente com a concordância deste até a decisão de saneamento, ao passo que o réu não pode aditar, emendar a contestação.

Poderia até ser alegado, por meio de uma análise centrada na posição do réu, que a apresentação de defesas efetivamente contraditórias seria uma forma de compensar a sua desigualdade no processo. Afinal, é o demandante quem decide o melhor momento de deflagrar a ação e dispõe, em princípio, de tempo suficiente – com exceção dos casos de urgência - para elaborar a petição inicial e reunir os elementos probatórios necessários à instrução da exordial. O réu, por sua vez, é surpreendido pela citação, arcando com o ônus de apresentar em exíguos quinze dias úteis toda sua defesa<sup>498</sup> e não conta com ampla previsibilidade. Neste aspecto, uma autocontradição poderia ser permitida para compensar essa desigualdade, evitando a preclusão.

Todavia, mesmo reconhecendo uma certa desigualdade da posição do réu no processo, tal fato não é apto a autorizar a apresentação de teses defensivas contraditórias que importem na violação do princípio da boa-fé. A fim de igualar as posições de autor e réu, não seria possível prejudicar em demasia o demandante, tumultuando a marcha processual. O ambiente de diálogo, que deveria apresentar condições de comunicação ideais, restaria permeado de mensagens contraditórias, prejudicando a atuação dos demais personagens do processo (juiz, autor e terceiros).

---

<sup>497</sup> Neste sentido, reconhece Guilherme Teixeira que a questão de aferir se houve ou não ofensa dos deveres de lealdade e veracidade na apresentação de defesas conflitantes não seria de fácil solução, pois o sistema possibilitaria e até estimularia a apresentação de defesas conflitantes, em nome das garantias da ampla defesa e do contraditório, devendo ser analisado no caso concreto se a parte excedeu-se em sua defesa, violando os deveres de veracidade e lealdade TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015.

<sup>498</sup> Tratando com percuciência da posição do réu no processo, SICA, Heitor. **Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro**. Tese de doutorado. Orientador: José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: USP, 2009.

Num ambiente de cooperação intersubjetiva, como bem assinala Antonio do Passo Cabral<sup>499</sup>, deve haver a divisão das responsabilidades, o compartilhamento dos riscos.

Se um dos sujeitos processuais transmite mensagens contraditórias, que impedem indivíduos de diligência normal - aptos a realizar uma prognose<sup>500</sup> mínima dos comportamentos alheios e análise crítica de suas próprias condutas - de exercer de forma efetiva o contraditório (direito de exercer influência) e a ampla defesa (direito de se defender provando e de ser patrocinado por defesa técnica) -, este deve ser responsabilizado pela conduta desleal, contrária à boa-fé.

Marcela Regina Câmara<sup>501</sup> adverte que a interpretação que se disseminou a respeito da admissão de apresentação de argumentos incompatíveis, sem utilidade imediata ou mesmo sem fundamento, não reflete a regra da eventualidade, que se reduziria ao ônus da concentração da defesa no prazo da contestação.

De fato, da leitura do CPC não é possível deduzir a ampla possibilidade de apresentação de defesas contraditórias e veiculação de informações inverídicas.

Aderimos em parte a este entendimento, pois a regra da eventualidade, apesar de autorizar alguma contradição para assegurar o direito de articular diversos fundamentos de defesa, não permite a apresentação de uma defesa “desleal” e, de modo algum, autoriza veiculação de teses inverídicas.

Destacamos que o atual CPC reforça o componente ético do processo ao prever a boa-fé e a cooperação como princípios gerais reitores do processo civil, o que não permitiria uma exegese da regra da eventualidade como admissão ampla da autocontradição.

A permissão de autocontradição teve, pois, o seu campo reduzido com a vigência do novo CPC.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao tratarem da regra da eventualidade, salientam a necessidade de coerência da defesa, ou seja, “*não obstante não seja exigível a apresentação de toda a matéria de defesa na contestação, há de guardar ela em seu conjunto, certa homogeneidade e compatibilidade*”<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 464 - 465.

<sup>500</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit. p. 317.

<sup>501</sup> CÂMARA, Marcela Regina. **Os limites da defesa à luz da eventualidade**. Tese de doutorado. Orientador: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2013. P. 100.

<sup>502</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et Al. **Curso de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 180.V. II

Ao investigar as situações jurídicas que compõem o direito de defesa do réu, Helena Abdo afirma que esta resta configurada quando inexistente uma relação instrumental apropriada entre um remédio e os fins dele extraídos.

Requisito essencial, consoante já asseverado, é a exigência da corresponsabilidade dentro do processo a justificar que o litigante desleal arque com as consequências desfavoráveis de seus atos.

Dentre as consequências adversas decorrentes da apresentação de defesas manifestamente incoerentes (abuso do exercício do ônus de se defender relacionada ao princípio do contraditório), é apontada a valoração desfavorável ao réu para autorizar a concessão de tutela de evidência “punitiva” com fulcro no art. 311, I, do CPC<sup>503</sup>, o que foi tratado no item 4.1.4.2.

Na doutrina italiana, Bonna Cavallari afirma que a apresentação de defesa incompatível com o fundamento da negação do fato constitutivo do direito oferece um caso paradigmático de não-contestação, que deveria eximir o juiz de acertar os fatos sobre os quais se fundam a demanda<sup>504</sup>. Explica que se atribui valor determinante ao fato presuntivo (a exceção de mérito pressuporia a existência do fato constitutivo), fruto de uma mera dedução<sup>505</sup>.

Nessa vertente, Marcela Regina Câmara<sup>506</sup> entende que a apresentação de defesas contraditórias na contestação deve ensejar a aplicação de uma sanção processual: o reconhecimento da inépcia da contestação, que pode gerar os efeitos da revelia.

Desse modo, o descumprimento do dever de lealdade no processo poderia ser punido com a aplicação da presunção de veracidade dos fatos articulados na exordial.

---

<sup>503</sup> Fredie Didier Jr afirma que o “abuso do direito de defesa” abarca os abusos cometidos na contestação, mas também em outras manifestações da parte, como a provocação de incidentes infundados, interposição de recursos meramente protelatórios. DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil. 11ª edição.** Salvador: Juspodvm, 2016. V. II p. 634-635.

<sup>504</sup> CAVALLARI, Bonna. **La contestazione nel processo civile.** Milão: Giuffrè editore, 1992. p. 140. O livro foi elaborado antes da publicação da Legge /2009 que alterou a redação do art. 115 do CPC italiano.

<sup>505</sup> Op. cit.. p. 141.

<sup>506</sup> Marcela Regina Câmara conclui que a apresentação de defesas incompatíveis na contestação pode gerar a ineficácia do ato por incompatibilidade lógica ou ética; a rejeição e ausência de produção de efeitos das alegações notoriamente improcedentes; a inépcia da contestação, e concessão da tutela de evidência, com a imediata produção de efeitos da sentença. Por essa razão propõe, *de lege ferenda*, uma alteração no Código de Processo Civil vigente, para a inserção de dispositivo legal que contemple a expressa previsão da possibilidade de emenda da contestação. **Os limites da defesa à luz da eventualidade.** Tese de doutorado. Orientador: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2013 p. 224.

Antes, porém, da aplicação da referida sanção, imprescindível<sup>507</sup> é concessão de oportunidade para a parte esclarecer o conteúdo da contestação, procedendo à “emenda” da contestação, de forma a afastar a incongruência, em atenção ao dever de prevenção decorrente do princípio do contraditório.

Trata-se, pois, de uma valoração da conduta da parte ré, para tornar sem efeito, inepta a peça de resistência que veicula defesas absolutamente contraditórias, violando o princípio da boa-fé e da cooperação.

#### 4.2.4 Recusa ao fornecimento de material gráfico e padrões de voz para perícia

No âmbito do processo penal admite-se a recusa do réu ao fornecimento de padrões gráficos e vocais para elaboração de perícia sob o fundamento do privilégio contra a autoincriminação<sup>508</sup>. No entanto, no processo civil, a falta de cooperação para fornecimento de material para perícia pode ser sempre interpretada desfavoravelmente ao autor da conduta, por inviabilizar a produção da prova pericial.

Nesse particular, ainda que invoque a parte o preceituado no caput do art. 379, o privilégio contra a autoincriminação somente poderá ser reconhecido, quando a prova puder interferir na esfera penal, ou seja, o fato *probandum* constituir crime conforme analisado no capítulo 2, item 2.2.

Desse modo, nos casos de negativa de fornecimento de padrões gráficos e vocais para perícia, entendemos que poderá ser a conduta valorada negativamente no âmbito do processo civil, à míngua de outras provas para que se firme presunção desfavorável.

É que a perícia em determinadas demandas é a principal e a mais adequada prova, não podendo ser suprida de forma satisfatória pela prova documental e oral.

---

<sup>507</sup> Nessa linha, Marcela Câmara defende a possibilidade de emenda da contestação antes de reconhecer a inépcia. Op. cit. p. 224. Quanto à necessidade de prévio contraditório antes de firmar presunção desfavorável a partir do comportamento da parte, confira-se CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html)>. Acesso em: 14/01/2017.

<sup>508</sup> Confira-se, a este propósito, as seguintes decisões proferidas pelo STF: HC 77.135-SP (negativa de fornecimento de padrões gráficos para perícia grafotécnica), 1ª Turma, relator Ilmar Galvão, decisão publicada no DJ 06-11-1998, 96.219-MC/SP, Relator Min Celso de Mello, publicado no DJe- 15/10/2008, e HC 99289, relator Min Celso de Melo, decisão publicada no DJe de 5.6.2009.

Desse modo, caso haja recusa da parte em fornecer material gráfico e padrões vocais para perícia, aplica-se o preceituado no art. 379, bem como, por analogia os arts 232 do CC e art. 400 do CPC, sem prejuízo da invocação de vulneração dos princípios da boa-fé e da cooperação.

#### 4.2.5 Ausência de manifestação do autor sobre defesa indireta veiculada na contestação

Em face da ausência de expressa previsão legal, em princípio, não pode o silêncio do autor, na réplica, quanto à impugnação da defesa indireta apresentada pelo réu na contestação, acarretar efeito análogo ao da revelia, qual seja, a presunção de veracidade da defesa indireta apresentada<sup>509</sup>.

Enfrentando esta questão, Eduardo Talamini<sup>510</sup> concorda com esta assertiva, porém entende que o silêncio do autor pode funcionar como subsídio para a formação do convencimento do juiz, se o contrário não for extraível dos autos, fazendo alusão à conduta das partes no processo como elemento probatório, nos moldes do preceituado no art. 116 do CPC italiano. Ressalta, contudo, que o silêncio do demandante somente poderá servir para a formação da convicção do julgador acerca dos fatos da causa, depois de esgotados os meios de obtenção de provas mais idôneos<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> Haveria ônus ou faculdade de replicar? Esta indagação é respondida por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas nos seguintes termos : “E fala-se aqui em faculdade, e não em ônus, porque, diferentemente do que ocorre com o réu na contestação, se o autor quedar-se inerte em replicar, não ocorre revelia contra o autor, nem mesmo em hipóteses em que se poderia gerar a revelia para o réu. Isso porque o dispositivo que impõe a revelia (art. 344) é e deve ser de interpretação restrita. É o brocardo *favorabilia amplianda*, odiosa restringenda aplicado ao Direito Processual. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Comentários breves ao novo Código de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 948.

<sup>510</sup> TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 134, p. 137-163, 1997.

<sup>511</sup> TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 134, p. 137-163, 1997.



### 4.3 Eficácia probatória da conduta da parte em juízo

#### 4.3.1 Conduta da parte como meio de valoração de outra prova

Uma das questões mais relevantes e controversas é a aferição da eficácia probatória da conduta da parte no processo. No capítulo anterior (item 3.1), concluímos que a conduta da parte poderia ser considerada prova típica, quando praticada no âmbito de atividade probatória expressamente prevista em lei, ou atípica nos casos em que desvinculada de meio de prova típico.

Relativamente à eficácia probatória, no estudo de direito estrangeiro, foram expostas as discussões doutrinárias em outros países, especialmente Itália e Argentina, acerca da valoração judicial da conduta da parte.

Como meio de valoração de outra prova, a conduta da parte não terá eficácia por si só para provar os fatos relevantes da demanda, cumprindo uma função acessória, instrumental.

Nessa diretriz, para parcela da doutrina as inferências probatórias extraídas da conduta da parte teriam um valor probatório inferior (*probatio inferior*)<sup>512</sup>.

Como já abordado, Michele Spinelli<sup>513</sup> e Jorge Peyrano classificam a conduta da parte como elemento de convicção, de convencimento, e não como indício fonte de presunção. Partem da premissa de que a conduta da parte não seria meio de prova, porquanto inapta a demonstrar a veracidade dos fatos alegados, servindo apenas para trazer elementos aptos a influir no convencimento do julgador.

Não é correto, contudo, concluir que os “argumentos de prova”<sup>514</sup> hauridos da conduta das partes somente possam ter função subsidiária no tocante à função probatória.

Expomos as regras específicas no direito brasileiro que reconhecem a eficácia probatória da conduta da parte para firmar presunção. Na doutrina Ivan Ordine Righi<sup>515</sup>

---

<sup>512</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madri: Editorial Trotta, 2002. p. 485. O referido doutrinador cita o entendimento doutrinário majoritário na doutrina italiana, mas afirma que nem sempre as inferências probatórias extraídas da conduta da parte desempenham essa função acessória de valoração da credibilidade das outras provas, podendo, a partir dos elementos do art. 116 2º do CPC italiano versar sobre os fatos a provar. Op. cit., p. 486.

<sup>513</sup> SPINELLI, Micheli. “**Las pruebas civiles**”. Buenos Aires: Ejea, 1973. p. 85.

<sup>514</sup> Preferimos inserir entre aspas o neologismo “argumentos de prova” por inexistir no Direito brasileiro termo correspondente a tal expressão, cunhada pelo legislador italiano de 1942 no art. 116 comma 2 do CPC.

entendia que inexistia motivo razoável a impedir que o comportamento das partes, como fonte de presunções, desempenhasse papel predominante na composição da lide - ou, mesmo, exclusivo, à falta de outras provas.

Nessa mesma linha, Eduardo Cambi admite que a conduta processual única possa gerar o convencimento necessário ao julgamento da demanda em virtude da previsão da admissão de todos os meios de prova, ainda que não especificados( art. 369 do CPC) <sup>516</sup>. Neste caso, afirma que se a prova do fato estiver fulcrada num único indício, este dever ostentar valor probatório muito elevado<sup>517</sup>.

Imprescindível que se verifique, no caso concreto, se a conduta da parte versa sobre circunstâncias para valoração de outra prova, ou sobre os próprios fatos a provar.

Nesse sentido, elucidativa é a lição de Michele Taruffo que distingue duas situações relativamente à função exercida pelo fato secundário (indício) objeto de prova: na primeira, o fato secundário integra a porção de realidade, na qual se insere o fato principal, ao qual se liga inferencialmente; na segunda situação, o fato secundário é uma circunstância relacionada à prova do fato principal<sup>518</sup>.

No primeiro caso, a prova do fato secundário terá como finalidade a demonstração do fato principal, enquanto na segunda situação, o fato secundário é uma prova subsidiária, servindo para valorar a credibilidade de outra prova.

A negativa da parte em participar da inspeção judicial, por exemplo, versa sobre o próprio fato, razão pela qual pode ensejar a prova do fato que se pretendia provar, dependendo da análise do acervo probatório.

---

<sup>515</sup> RIGUI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. RIGHI, Ivan. Eficácia Probatória do Comportamento das Partes. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 20, 1981. RIBEIRO, Darcy Guimarães. **Provas Atípicas**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. p.127-129 Em sentido contrário, vide FAVARETTO, Isolde. **Comportamento processual das partes como meio de prova**. Porto Alegre: Livraria Acadêmica, 1993.

<sup>516</sup> CAMBI, Eduardo. CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html)>. Acesso em 24 outubro 2016.

<sup>517</sup> *Loc cit*

<sup>518</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 1ª ed. Madri: Trotta, 2002. p.458.

Respostas contraditórias no depoimento pessoal comprometer a credibilidade da prova oral colhida<sup>519</sup>.

Mesmo quando houver o enquadramento como prova atípica, o comportamento da parte não autoriza a conclusão de que sempre terá eficácia probatória inferior.

A atribuição de maior ou menor eficácia probatória não depende propriamente de ser o meio de prova típico ou atípico. Nessa linha, Giuseppe Ingraio assinala que mesmo as provas típicas, quando se referem a fatos secundários, podem constituir elementos para dessumir a credibilidade de outra prova, desempenhando uma função subsidiária.<sup>520</sup>

A predeterminação do valor probatório da conduta da parte em juízo, é contrária à valoração com maior liberdade realizada pelo Juiz, no sistema da persuasão racional; ao criar em abstrato uma tarifação probatória, sem aderência à realidade fática.

#### 4.3.2 Eficácia da conduta da parte como prova indiciária autossuficiente a demonstrar os fatos relevantes da demanda

##### 4.3.2.1 Indício e presunção

O indício é definido por como um fato conhecido por meio do qual se extrai a existência de um fato, desconhecido<sup>521</sup> mediante o uso das máximas da experiência.

Na doutrina, existe dissenso acerca do raciocínio empreendido para a inferência a partir do indício: dedutivo, como resultado de uma operação lógica<sup>522</sup>, ou indutivo fruto da

<sup>519</sup> NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. 1ª edição. Milão: Giuffrè, 1974. p. 352.

<sup>520</sup> INGRAIO, Giuseppe. **La valutazione del comportamento delle parti nel processo tributario**. Milão: Giuffrè editore, 2008. p. 160.

<sup>521</sup> Conceito previsto no art. 239 do Código de Processo Penal brasileiro, segundo o qual considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir se a existência de outra ou outras circunstâncias. Este também é o conceito apresentando por Moacyr Amaral dos Santos Prova **judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 89. v. 1.

<sup>522</sup> Neste sentido Carnelutti afirma: A atividade do juiz se faz complexa: percepção e dedução. ” **Prova Civil**. Tradução Lisa Pary Scaipa. 1ª edição. Campinas: bookseller, 2005. p. 90. Adotando o mesmo entendimento: MARINONI, José Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª edição. São Paulo: RT, p. 137. ROSONI, Isabella. **Quae singula non prosunt collecta iuvant**. 1ª edição. Milão: Giuffrè editore, 1995 p. 221.

extração de uma regra geral a partir de outra de caráter particular. Há, ainda referência ao raciocínio abduutivo, em que se parte da observação de um caso particular para afirmar a existência de outro fato particular<sup>523</sup>.

Segundo Maria Thereza de Moura<sup>524</sup>, a ilação indiciária não pode ser mais fruto apenas da dedução, de um silogismo rigoroso, concluindo-se tratar-se de uma ilação indutiva-dedutiva.

Pontua Ernando Devis Echandiá<sup>525</sup> que na realidade prática, tanto a indução quanto a dedução se combinam no raciocínio adotado na prova indiciária: da máxima geral de experiência se deduz uma consequência aplicável ao fato indiciário que o relaciona com o investigado, e daquele se induz em virtude da máxima possibilidade lógica do fato que se investiga.

A prova por indução pode ser conceituada como a inferência realizada de determinada premissa representativa de um enunciado relativo à circunstância de um fato, levando à formulação de conclusão relativa a um fato da causa.<sup>526</sup> A referência à indução na prova indiciária se justificaria pelo fato de normalmente não se dispor de critérios equivalentes a Leis universais e, portanto, a inferência não assumiria, salvo em alguns casos, uma estrutura propriamente dedutiva<sup>527</sup>.

A presunção simples ou judicial é o resultado do raciocínio desenvolvido pelo juiz para com base em um fato conhecido (indício) extrair a ilação acerca da comprovação de um fato desconhecido, mediante a aplicação das regras ordinárias de experiência.

Conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira a presunção não seria meio de prova<sup>528</sup>, pois o raciocínio empreendido a partir da afirmativa de um fato para concluir a

<sup>523</sup> Paolo Tonini explica a dinâmica do raciocínio abduutivo: “*O raciocínio de tipo abduutivo parte de um fato particular para afirmar a existência de um fato particular. Nesse caso, o raciocínio baseia-se numa simples observação dos fatos sem requerer necessariamente especial competência científica.*” TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2002. p.56.

<sup>524</sup> MOURA, Maria Tereza de. **A prova por indícios no processo penal**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 41.

<sup>525</sup> ECHANDÍA, **Teoria General de la prueba judicial**. V.. II. 3ª edição. Buenos Aires: Vitor P Zavallia, ,1974 p. 625.

<sup>526</sup> TARUFFO Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. V.ume: 64, Fascicolo:4. p.1165-1190. Milão: Giuffrè, 2010

<sup>527</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit..p. 1167.

<sup>528</sup> Na doutrina há dissenso acerca do enquadramento do indício como meio de prova. Consideram o indício como meio de prova CARNELUTTI, Francesco. **Prova Civil**. Tradução Lisa pary Scaipa. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2005. p. 90. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. V.. II. 3ª edição. Rio

existência de outro, não seria assimilável a uma atividade probatória<sup>529</sup>, na medida em que não se adquiriria uma nova prova, e sim um novo conhecimento por meio de um processo mental. Não obstante, o Código Civil, em seu artigo 212, IV, qualifica como meio de prova a presunção, o que seria uma impropriedade técnica<sup>530</sup>.

Ressalte-se, contudo, que negar a qualidade de meio de prova da presunção, não significa deixar de reconhecer-lhe feição probatória<sup>531</sup>.

A presunção simples ou judicial, resultado do raciocínio inferencial, “ponte que liga o fato secundário ao fato principal”<sup>532</sup>, não pode ser confundido com o indício<sup>533</sup> (fato secundário), ponto de partida do raciocínio. Na feliz metáfora de Hernando Devis Echandia, o indício seria a lâmpada, e a presunção simples a luz que emana do referido objeto<sup>534</sup>.

---

de Janeiro: Forense, 2015. p. 261. Negando a condição de meio de prova, confira-se ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006. p. 289-316. SCHÖNCKE, Adolf. Direito processual civil. 1ª edição. Campinas: Editora Romana, 2003.p. 268. PITT, Gioconda Franco. **Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil**. Dissertação de mestrado. Orientador: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: UFRS, 2008.

<sup>529</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de Direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 58. No mesmo sentido LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito processual Civil**. V.ume 2. p. 102. Juan Montero Aroca destaca que a presunção não é meio de prova porque não consiste em uma atividade que se realiza no processo para incorporar ao mesmo fonte de prova. Porém, ressalta ser evidente que as presunções têm efeitos probatórios e por isso a considera método para provar, porquanto servem para dar por provado um fato afirmado pelas partes. AROCA, Juan montero. **La prueba en el proceso civil**. 2ª edição. Madri: Civitas, 1998.p. 84-85.

<sup>530</sup> Criticando a disciplina da presunção como meio de prova no Código Civil, vide Moreira, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de Direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 58. Adotando esse mesmo entendimento DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 73. v. II.

<sup>531</sup> Neste ponto, adverte Eduardo Cambi: “O fato de a presunção não ser meio de prova não significa não ter caráter probatório, porque o conceito de prova, como já se afirmou no item anterior, é mais abrangente e abarca a noção de atividade a ser desenv.vida para chegar ao conhecimento do fato probandum e da convicção judicial, em relação à veracidade dos fatos afirmados em juízo. ” CAMBI, Eduardo. **A prova**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 360

<sup>532</sup> SICA, Heitor Mendonça. Questões novas e velhas sobre distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo. São Paulo: RT, 2007**. v. 32, n. 146, p. 49-68.

<sup>533</sup> Refutando a doutrina que reconhece a identidade entre presunção e indício, confira-se MALATESTA, Nicola de Franmarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Conan editora, 1995. p. 214. V. I ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. 3ª edição. Buenos Aires: Victor Zavallia ed, 1974.p. 607 e 696. V. II

<sup>534</sup> “ *La presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce*”. ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. 3ª edição. Buenos Aires: Victo Zavalla Ed, 1974.p. 696. V. II

Desse modo, o indício é fonte da presunção<sup>535</sup>, ou seja, o fato por meio do qual se atinge a prova do fato desconhecido (presunção).

A classificação do indício como meio de prova também não é pacífica<sup>536</sup>, visto que diversos doutrinadores o consideram objeto de prova, e não propriamente um meio de prova.

Concordamos com Hernando Devis Echandia, quando afirma que o erro em considerar os indícios apenas objeto de prova consiste em contemplar o fato em si mesmo, separado do argumento probatório que dele se obtém o Juiz, e que constitui sua força probatória.<sup>537</sup> A circunstância de ser o fato indiciário objeto de prova não afasta o seu caráter de meio de prova, ainda que não constitua propriamente uma fonte autônoma de prova, na linha de entendimento perfilhada por S Sentis Melendo e Leonardo Greco.<sup>538</sup> Afinal, pode haver prova indiciária nos testemunhos, documentos<sup>539</sup>.

Embora o indício seja objeto de prova, apresenta uma peculiaridade em relação à prova direta, na medida em que é o ponto de partida para que se alcance a prova de um outro fato por meio de raciocínio guiado pelas regras ordinárias da experiência. Sob tal prisma, pode ser reputado como meio de prova, porém meio de prova indireto, porquanto aporta aos autos elementos acerca da prova de outro fato ( desconhecido).

As inferências realizadas no raciocínio judicial da presunção simples adotam como critérios as denominadas máximas da experiência, cujo conceito foi elaborado por Frederich Stein<sup>540</sup>. Como regras de inferência obtidas com base no que ordinariamente acontece atuam como mecanismos de valoração de indícios, estabelecendo o elo com o fato *probandum*.

<sup>535</sup> Em sentido diverso, Maria Tereza Assis de Moura, sustenta que o indício não seria fator base da presunção com fulcro no pensamento de Guglielmo Sabatini. Explica que nos indícios há uma inferência lógica indiciária, e não uma presunção. Na presunção não haveria trabalho indutivo porque falta o elemento particular que se move em relação à regra geral. **A prova por indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen iuris, 2009. 1ª edição. p. 53.

<sup>536</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006. p. 289-316. SCHÖNCKE, Adolfe. **Direito processual civil**. 1ª edição. Campinas: Editora Romana, 2003.p. 268.

<sup>537</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. 3ª edição. Buenos Aires: Victor Zavallia ed, 1974. p. 603. V. II

<sup>538</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 239 v. II.

<sup>539</sup> S. Sentis Melendo explica que os indícios não são meios de prova autônomos, mas qualquer meio de prova: “*Los indicios non son un médio de prueba, sino cualquier médio de prueba. Pero eso, nos parece un error o una falta de método el afirmar, aunque la afirmación sea de Carnelutti, que testimonio, documento e indicio son las tres fuentes típicas de pruebas*”. MELENDO, S Sentis. **Los grandes temas del derecho probatório**. 1ª edição Buenos Aires: Ejea, 1978 p. 105-106.

<sup>540</sup> “Definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos do processo, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação se tenham induzidos e que em

Partindo da premissa de que o comportamento da parte pode ser considerado indício, indaga-se: poderia tal indício servir isoladamente para a formação do convencimento do magistrado em face da ausência de outros elementos probatórios? Em caso positivo, deveria obedecer a determinados requisitos?

Conforme exposto nos subitens 3.2.1 e 3.2.2, as doutrinas italianas e argentinas são divididas a respeito da força probatória dos indícios obtidos da conduta da parte. Para parcela dos doutrinadores<sup>541</sup>, o comportamento das partes não poderia ser valorado como indício apto a isoladamente embasar o convencimento do magistrado, devendo ser corroborado por outras provas.

Acerca do direito italiano, já foi dito que o dissenso deriva da utilização da expressão “argumentos de prova”, que culminou na interpretação por muitos doutrinadores<sup>542</sup> de se tratar de algo diferente e inferior a uma prova.

Outra vertente doutrinária<sup>543</sup> sustenta que o comportamento das partes é idôneo a ensejar isoladamente a comprovação dos fatos relevantes ao julgamento da demanda.

Adotando uma hierarquia entre prova típica e atípica, os partidários da insuficiência probatória da conduta da parte em juízo alegam que a prova atípica ostentaria uma menor eficácia probatória, orientação que não se coaduna com o sistema de valoração da persuasão racional.

O fato de a prova atípica não contar com expressa previsão somente justifica um maior controle da valoração, porém jamais a atribuição de um valor menor, como se houvesse uma

---

cima desses casos, pretendem validez para outros”. STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Trad. Andrés de La Oliva Santos. 1ª ed. Madri: Editorial centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1990.p. 22.

<sup>541</sup> Consoante já mencionado no tópico 2.1 Mauro Cappelletti Gian Micheli, Francesco Carnelutti, integram a parcela da doutrina italiana que defende a autossuficiência dos argumentos de prova, indícios para a formação do convencimento do juiz<sup>541</sup>. Carlo Furno, Crisanto Mandrioli, Enrico Tullio Liebman adotam entendimento contrário. Gino Gorla, embora entenda que a conduta da parte pode ser fonte de presunção, é bastante crítico em relação à possibilidade de isoladamente embasar o convencimento judicial.

<sup>542</sup> Perfilhando esta orientação, confira-se: CORDOPATRI, Franco. Presunzioni. **Enciclopedia del Diritto XXV**. Milão: Giuffrè, 1987. p.297. MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto processuale Civile. Il processo di cognizione**. 10ª ed. Turim: G.Giappichelli editore, 1995. p.155. V. II. SPINELLI, Michele. **Las pruebas civiles**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America, 1973. p. 86. FURNO, Carlo. **Contributo alla teoria della prova legal**. Pádua: CEDAM, 1940.p.69

<sup>543</sup> Cf CAPPELLETTI, Mauro. **Testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Milão: Giuffrè, 1974.p 85,90-91. Tomo I. CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 5ª edição. Campinas: Bookseller, 2005. p.2007.SATTA, Salvatore. **Commentario al codice di procedura Civile**. Milão: Vallardi, 1959. p.469.ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**. 3ª edição. Napoli: Jovene, 1957.p 322-323.Tomo I.

hierarquia entre os meios de s provas, pois no caso concreto, pode ser a conduta da parte a única, ou a mais idônea a comprovar os fatos relevantes do processo.

Diz-se, ainda, que o emprego dos argumentos de prova para fins probatórios violaria a proibição da presunção da presunção (*praesumere de praesumpto*)<sup>544</sup> e, portanto, não seriam admissíveis. Michele Taruffo refuta tal construção argumentativa, visto que o comportamento da parte é diretamente percebido pelo juiz, sendo na linguagem da presunção o fato conhecido do qual são extraídas conclusões em torno dos fatos ignorados<sup>545</sup>. Portanto, o comportamento da parte é fato certo, do qual se extraem conclusões com base nas máximas da experiência, motivo pelo qual jamais seria enquadrável na categoria de presunções de segundo grau.

A peculiaridade da prova indiciária residiria no fato de não haver a demonstração direta do *fato probandum*, razão pela qual demandaria maior cautela na sua valoração, em atenção à maior probabilidade de erro.

Inexistiria diferença ontológica entre prova direta e indireta, havendo apenas maior complexidade no grau de inferência, no caso da prova indireta. Nesse aspecto, acertada é a conclusão de Antonio Carrata, no sentido de que a distinção entre prova direta e indireta repousaria no grau de inferências necessárias ao estabelecimento do fato *probandum*<sup>546</sup>, pois na prova indireta, o número de inferências é superior ao da prova direta.

Destaque-se que muitas vezes não há outras provas no processo, em virtude da adoção do comportamento desleal, o que deve redundar na atribuição de valor probatório suficiente à formação do convencimento do Juiz.<sup>547</sup>

<sup>544</sup> SCALAMOGNA, Margheritta. L'efficácia probatória degli argomenta di prova. **Rivista di Diritto processuale**. jun./ago. 2009. Pádua: CEDAM, 2009. p. 1161-1180.

<sup>545</sup> TARUFFO, Michele et al. **Commentario del codice di procedura civile**. Poteri del giudice. Bolonha: Zanichelli, 2012. p. 463.

<sup>546</sup> CARRATA, ANTONIO. Prova e convincimento del giudice nel processo civile **Rivista di diritto processuale**. Pádua: CEDAM, 2003. p. 46.

<sup>547</sup> Matriosca, Mario. **La conducta procesal de las partes**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 178. Quanto à autossuficiência da prova indiciária durante o julgamento da Ação penal 470 (“mensalão”), os votos dos ministros Supremo Tribunal Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Marco Aurélio, Cezar Peluso realçaram a conexão entre a atribuição de valor probatório aos indícios com a adoção da função persuasiva da prova, em virtude da alta sofisticação da prática criminosa nos delitos de contra a ordem econômica e os crimes de corrupção. Confirma-se, a este propósito, o voto do Ministro Luiz Fux, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf>. Acesso em 01/09/2016. Embora não concordemos com a relação estabelecida entre a força probatória do indício e o modelo argumentativo de prova, a decisão do STF reforça o entendimento de que o indício pode ser autossuficiente para a demonstração dos fatos relevantes da demanda. Ao tratar da feição da prova indiciária, Gioconda Fiano Pitt afirma que essa se liga ao modelo demonstrativo, por permitir a reconstrução dos fatos em prol da busca da verdade; porém também se vincularia ao modelo argumentativo, porque não poderia ser dissociada do raciocínio dialético. PITT, Gioconda Fianco. **Prova indiciária e convencimento judicial**. Dissertação de mestrado. Orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: UFRS, 2008. p. 14/15.



Portanto, concordamos com Michele Taruffo<sup>548</sup> e Luigi Paolo Comoglio<sup>549</sup>, no sentido de que inexistente um valor pré-definido do comportamento da parte como fonte de presunção simples, devendo ser aferida a presença dos requisitos do art. 2729 do Código Civil italiano (gravidade, precisão, concordância). O indício consubstanciado no comportamento da parte em juízo poderia somente ser idôneo a provar determinado fato relevante para o julgamento da pretensão deduzida em juízo, caso verse sobre os fatos principais, e não os secundários, consoante já mencionado no item anterior, e satisfaça os requisitos previstos da gravidade, precisão e concordância.

Moacyr Amaral dos Santos, Carlos Alberto Alvaro Oliveira<sup>550</sup>, Maria Thereza Rocha de Assis Moura<sup>551</sup>, Eduardo Cambi entendem que, mesmo à falta de regra específica no Direito brasileiro, poderiam ser utilizados os critérios do art. 2729 do Código Civil italiano para firmar a presunção.

Os requisitos da gravidade, precisão e concordância são complementares: o primeiro liga-se à força da inferência, à alta probabilidade de existência do fato a ser presumido; a precisão relaciona-se à univocidade, conduzindo a uma conclusão referente ao fato

<sup>548</sup> TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, 2010. V.ume: 64, Fascicolo: 4 p. 165-1190. TARUFFO, Michele et al. **Commentario del Codice di procedura Civile. Libro primo; disposizioni generali art. 112-120. Poteri del giudice**. 1ª Ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012. p. 464.

<sup>549</sup> “Com maior razão o argumento de prova referido no art. 116 2º comma CPC a determinados comportamentos particulares e em geral à conduta da parte não podem ser aceitos como probatio inferior, isto é fonte subsidiária e complementar de valoração, desprovida de uma eficácia probatória autônoma, e a rigor inidônea a adquirir autossuficiência decisória de uma prova plena- da qual é porém conferido ao juiz trazer na formação do próprio convencimento elementos secundários dotados de um significado indiciário, de colocar-se na base de uma inferência presuntiva no esquema configurado no art. 2729. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove Civili**. 2ª edição. Turim: UTET, 2004. p. 49-51

<sup>550</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de :“Antes de tudo, deve existir uma conexão entre fato conhecido e desconhecido.Outro aspecto importante é que o indício , isto é, o fato conhecido deve conduzir necessariamente ao fato desconhecido.De tal sorte, o fato conhecido pode ter multiplicidade de causas, ou ser causa de muitos efeitos, o indício perde força e impede o emprego da presunção.Além disso, não se mostra imprescindível que a prova do fato se baseie em mais de um indício, mas é indispensável que esse indício, se for único, exiba valor probatório muito elevado. **Presunções e ficções no Direito probatório. Revista de processo 96**. São Paulo: RT, junho 2011.

<sup>551</sup> Na parte conclusiva expõe Maria Thereza de Moura: “Vários indícios graves e concordantes, analisados em conjunto, podem levar à certeza processual do fato indicado., quando se unirem e se consolidarem sob forte nexu lógico.Para tanto, faz-se indispensável que a conclusão se apresente precisa e segura, vale dizer, que apareça como resultado lógico imediato, e não como o final de dispendiosa cadeia de argumentos, cuja complicação estará a indicar o contrário. MOURA, Maria Thereza de. **A prova por indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2009. 1ª edição. p. 103.

*probandum*; e a concordância é a convergência dos indícios – quando há uma pluralidade de fatos indiciários - no mesmo sentido<sup>552</sup>.

Embora, a princípio, não fosse necessário atender a tais requisitos em virtude da ausência de expressa previsão legal no Direito brasileiro, e da vigência do princípio do livre convencimento motivado, entendemos recomendável a elaboração de critérios para a admissão da conduta da parte como fonte de presunção.

No caso do comportamento judicial, as condutas de obstrução probatória e a de omissão de produção de provas relevantes como estratégia adotada pelo contendor desleal permitem que se infira, mediante a utilização das máximas da experiência o intento de não produzir prova contrária aos seus interesses, por saber que esta favoreceria a outra parte.

A regra da experiência repousa na premissa de que inexistiria razão para a negativa de cumprir com o dever de colaboração, caso a prova pudesse favorecer o litigante desleal, ou não tivesse relevância probatória.

É possível, pois, a partir da regra da experiência, segundo a qual a parte tenderia a omitir ou obstruir a produção de prova contrária a seus interesses, extrair a presunção judicial desfavorável. Além de ser uma conduta manifestamente desleal, gera impacto decisivo no desfecho do processo, ao inviabilizar a prova que poderia favorecer a outra parte.

Nessa linha negar a serventia probatória do indício endoprocessual (conduta da parte no processo), ou relegá-lo ao *status* de uma semiprova, viola o direito constitucional à prova da outra parte.

Questão controvertida na doutrina estrangeira é a forma de valorar os requisitos da gravidade, precisão e concordância para que se firme a presunção a partir do indício.

No Brasil, em virtude da inexistência de previsão dos requisitos da gravidade, precisão e concordância, tal questão não tem sido objeto de muita discussão.

Na doutrina estrangeira, é feita alusão a três métodos de apreciação dos indícios: o primeiro deriva de uma interpretação mais garantista e rígida; o segundo é a tese intermediária; e o último, de natureza teleológica<sup>553</sup>.

---

<sup>552</sup> TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, 2010. v. 64, Fascículo: 4 p. 1172-1173. CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2009.

<sup>553</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. 1ª edição tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.p.59. Na Doutrina nacional vide KNIJINIK, Danilo. **A prova nos juízos cível e tributário**. 1ª edição. Rio de Janeiro: forense, 2007. p. 50-52. CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 342-346.

O primeiro método é o mais rigoroso, exigindo que cada indício tenha as três características, o que causa a seguinte perplexidade: poderia o indício ser concordante consigo mesmo? A resposta negativa se impõe, partindo da premissa de que deve existir mais de um indício, razão pela qual deve ser inadmitida tal teoria<sup>554</sup>.

A teoria eclética preconiza que a avaliação dos indícios deve ser realizada em duas etapas. No primeiro momento, cada indício é analisado individualmente para a aferição da presença dos requisitos da gravidade e da precisão, ou seja é verificada a correção do ponto de partida, identificando-se as regras da experiência aplicáveis.

Posteriormente à individualização dos indícios, procede-se à valoração conjunta para a avaliação do requisito da concordância, com o objetivo de restringir o campo das múltiplas possibilidades à única certeza<sup>555</sup>.

Segundo a teoria da múltipla conformidade, eclética, a valoração dos indícios é efetuada conjuntamente relativamente aos três requisitos, considerando-se somente o resultado da valoração. Desse modo, um indício não precisaria reunir todos os requisitos, bastando que na apreciação conjunta possa conduzir a um juízo de certeza acerca da existência do fato ignorado<sup>556</sup>.

Muito embora seja inaplicável ao processo penal, em face das exigências do modelo de constatação (prova acima da dúvida razoável), a teoria da múltipla conformidade é compatível com o processo civil, desde que não se dispense a prova da certeza do fato indiciário, a fim de evitar a presunção de segundo grau (*presumpto de presumptum*)<sup>557</sup>.

Outros parâmetros podem ser elaborados como aqueles enunciados por Eduardo Cambi<sup>558</sup>:

- “ i) a **impossibilidade** de produzir outras provas relevantes nos autos;
- ii) a ausência de comportamento processual omissivo pela parte beneficiada da presunção;

<sup>554</sup> CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito probatório**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2014. p. 342.

<sup>555</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. 1ª edição tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.p.59.

<sup>556</sup> TONINI, Paolo.Op. cit. p. 59. KINIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível e tributário**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 54.

<sup>557</sup> KINIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível e tributário**. 1ª edição. Rio de Janeiro: forense, 2007.p. 56.

<sup>558</sup> CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n° 57, dez. 2013. Disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html)>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

- iii) estar a parte contrária de má-fé;
- iv) a natureza da questão debatida; e
- v) a quantidade e a qualidade das condutas reprováveis.”

O quadro de penúria probatória autorizaria a atribuição de maior valor probatório à conduta nos casos de violação dos princípios da colaboração e da boa-fé.

A impossibilidade de produção de outras provas é requisito que demonstra a subsidiariedade da solução no sentido de valorar a conduta da parte como indício apto a formar o convencimento do Juiz. Somente é justificável que se firme a presunção desfavorável em caso de impossibilidade de produção de outras provas relevantes para o julgamento da demanda.

A conduta da parte a ser favorecida com a valoração também não poderá ser desconsiderada. Caso tenha cometido ato contrário à boa-fé, ou mesmo contribuído para a falta de elucidação dos fatos, pode a sua conduta ser valorada para obstar a aplicação dos efeitos desfavoráveis ao outro contendor, que também agiu contrariamente aos deveres de cooperação. No entanto, a solução residirá na realização de um juízo de ponderação entre as condutas à luz da apreciação conjunta do acervo probatório para definir as consequências da concorrência de condutas desleais de ambas as partes no caso concreto.

A natureza da questão debatida pode ter relevância nos casos de ações de investigação de paternidade, em que a negativa de submissão ao exame de DNA autoriza que se firme presunção desfavorável, por ser a prova mais precisa e impedir a tutela do direito fundamental à descoberta da ascendência biológica, integrante do princípio da dignidade humana.

A reprovabilidade da conduta aferida pela qualidade e quantidade dos atos praticados pode interferir, de algum modo, interferir na atribuição de peso probatório às condutas das partes em juízo.

#### 4.3.2.2 Presunção desfavorável e inversão do ônus da prova

A doutrina<sup>559</sup> costuma associar a presunção simples à inversão do encargo probatório.

Não obstante, Adolf Schöncke<sup>560</sup> afirmava que a presunção simples não acarreta a inversão do encargo probatório, visto que nesta hipótese há a substituição do fato a ser

---

<sup>559</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Prova e Convicção**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.p.224.

provado por outro que, por meio de raciocínio presuntivo, conduz à demonstração do primeiro. Desse modo, o juiz reputa comprovado o fato *probandum* com base no raciocínio empreendido por meio das máximas da experiência, a partir do indício (fato conhecido)<sup>561</sup>.

Deve ser feita a distinção entre a fase de valoração da prova, momento posterior ao da modificação do encargo probatório<sup>562</sup>.

Na presunção judicial, há a facilitação da atividade probatória, pois basta a prova do fato base da presunção, que, em regra, é mais fácil de demonstrar do que o fato presumido<sup>563</sup>.

Nessa linha, alegam Ravi Peixoto e Lucas Buril que admitir a inversão seria negar o valor probatório da presunção, pois necessária a demonstração do fato base da presunção, e da satisfação dos requisitos da gravidade, precisão e da concordância do indício para que se considere demonstrado o fato desconhecido<sup>564</sup>. Caberá à outra parte apenas a demonstração de fato contrário ao que foi presumido. Aduzem, ainda que não haverá a situação de *non liquet*, o que afasta a configuração como inversão do ônus.

Na mesma linha é o pensamento de Hernando Devis Echandia<sup>565</sup>, que defende inexistir interferência das presunções nos ônus da prova, por constituírem princípios da experiência para a valoração das provas, determinando se a partir de uma fato provado é possível inferir um outro fato ou não.

Em outra vertente, Luiz Felipe Pires de Sousa<sup>566</sup> entende que haveria inversão do ônus da prova, na medida em que a parte favorecida com a presunção ficaria dispensada de provar o fato presumido, bastando a prova do fato base; ao passo que à parte adversa incumbiria demonstrar fato contrário ao presumido.

---

<sup>560</sup> NERY JR, Nélon. Ônus da prova. **Revista de processo** n 17. São Paulo: RT, 1980. P 212. MACEDO, Lucas Buril e PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 85.

<sup>561</sup> NERY JR, Nélon. Ônus da prova. **Revista de processo** n 17. São Paulo: RT, 1980. P 212. MACEDO, Lucas Buril e PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.p 85.

<sup>562</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2ª edição. São Paulo: RT. p. 179

<sup>563</sup> SOUSA, Luis Filipe Pires de Sousa. **Prova por presunção**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2013. p.101.

<sup>564</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **Presunção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983. p.106.

<sup>565</sup> ECHANDIA, Ernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 3ª edição. Buenos Aires: Victor Zavalla ed, 1974. p.701.v. II. Discordamos da concepção da presunção como regras da experiência, embora reconheçamos a íntima relação entre os critérios de inferência conhecidos como máximas da experiência e a presunção, resultado da operação mental, que partindo de um fato conhecido, demonstra a existência de outro (desconhecido).

<sup>566</sup> SOUSA, Luis Filipe Pires de. **Prova por presunção**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2013. p.101.

Entendemos que a presunção não acarreta a inversão do ônus da prova, vez que a valoração que conduz à presunção ocorre em momento prévio ao da aplicação das regras do ônus da prova. Como se considera provado o fato *probandum* com base em um indício, não há situação de insuficiência probatória a ensejar a incidência das regras de inversão do encargo probatório.

#### 4.4 Valoração judicial da conduta da parte e dinamização do ônus da prova

Importante questão a ser formulada é a seguinte: a valoração da conduta da parte para firmar presunção desfavorável corresponderia a uma dinamização do ônus da prova em virtude da prática de ato contrário à boa-fé, ou consubstanciaria técnica, ferramenta diversa destinada a coibir os atos processuais desleais da parte no campo probatório?

A possibilidade de dinamização do encargo probatório com base na conduta contrária ao princípio da boa-fé foi analisada no item 2.3.1 do Capítulo 2. Houve a exposição do entendimento de Humberto Theodoro Jr<sup>567</sup>, favorável à dinamização do encargo probatório em outros casos, além daqueles previstos no art.373 do CPC, desde que presente a verossimilhança das alegações autorais, e a conduta contrária à boa-fé. Consoante já asseverado no item 2.5, a verossimilhança não seria propriamente um requisito para a dinamização.

Danilo Knijnik<sup>568</sup>, em artigo escrito sob a égide do CPC/1973, defendia a dinamização do ônus da prova, se esta se tornava inacessível à parte estaticamente onerada, em razão de conduta culposa, ou por violação dos deveres de colaboração da parte adversa. No entanto, ressaltava que não poderia haver a *probatio* diabólica reversa.

No caso da conduta desleal consubstanciada na destruição e sonegação da prova, defendemos ao longo deste estudo ser a presunção desfavorável uma das sanções aplicáveis,

---

<sup>567</sup> THEODORO Jr, Humberto. **Curso de Direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 904.

<sup>568</sup> As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumento de acesso à justiça e de superação da *probatio diabólica* in **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. Coord. Fux, Luiz et al. São Paulo: RT, 2006. O referido autor cita, como exemplo de possibilidade de dinamização, a negativa do ônus da prova a negativa ao fornecimento de material genético para exame de DNA.

com base no descumprimento dos deveres emergentes dos princípios da colaboração e da boa-fé.

É certo que a presunção judicial reputa provado o que se pretendia demonstrar com a prova destruída e sonegada.

Na classificação de Luis Muñoz Sabaté<sup>569</sup> tais atos corresponderiam às condutas oclusivas, que impedem a produção da prova por uma das partes, abarcando a omissão em fornecer documentos, material genético para perícia, e a destruição de provas relevantes.

Ravi Peixoto e Lucas Buril Macedo<sup>570</sup> defendem que a única hipótese de violação da boa-fé que autorizaria a dinamização é quando aquela se encontra conexa com a conduta obstrutiva da produção probatória, evidenciando diferença nas condições probatórias das partes. Nessa esteira, o fator determinante é que o ato contrário aos princípios da boa-fé e da cooperação tenha causado uma situação de desigualdade, na medida em que impede a parte onerada de produzir a prova.

Nas situações de *probatio* diabólica para ambas as partes, defendem os referidos doutrinadores que o juiz, com base num juízo de verossimilhança, deverá inverter o ônus em favor daquela que assumiu o risco de “inesclarecibilidade”. Em suma, sustentam que a dinamização pode ser aplicada, mesmo quando impossível a produção de prova pela parte que passará a ser onerada<sup>571</sup>.

Não obstante, entendemos que a presunção desfavorável configura sanção pelo descumprimento dos deveres de colaboração e boa-fé. O grau de importância da prova sonegada/destruída repercute no raciocínio que conduz à presunção, partindo da premissa de que a intenção da parte tenha sido a de não carrear aos autos prova contrária aos seus interesses. Nesta perspectiva, o quadro de desigualdade probatória causado pela conduta desleal reforça a força probante do indício.

Destarte, a valoração judicial da conduta da parte para firmar presunção desfavorável não configura uma dinamização do ônus da prova nos moldes previstos no art. 373 do CPC. A esse respeito, algumas razões podem ser enumeradas para lastrear tal assertiva.

O principal fundamento reside na diferenciação entre a fase de dinamização do encargo probatório e a de valoração.

---

<sup>569</sup> SABATE, Luis Muñoz. **Técnica probatória**. 1ª ed. Barcelona: Práxis, 1967. p. 399-401.

<sup>570</sup> PEIXOTO, Ravi et al. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p.176.

<sup>571</sup> Concluem Lucas Buril Macedo e Ravi Peixoto “Exatamente por isso, a dinamização do ônus da prova pode ser, sim, aplicada nos casos que pareçam ensejar uma prova diabólica”. PEIXOTO, Ravi et al. Op. cit. p. 178.

A valoração ocorre num momento anterior ao da modificação do encargo probatório, reputando-se provado o fato *probandum* a partir do indício<sup>572</sup>.

Não se trata de uma situação de dúvida (*non liquet*), pois a aplicação das regras da experiência permite que a partir de um indício endoprocessual (comportamento processual da parte) seja demonstrado pela presunção o que se almejava comprovar com a prova omitida ou destruída pelo litigante desleal.

Destarte, não há o *non liquet* a justificar a aplicação das regras de dinamização do encargo probatório. Nessa vertente, manifestava-se Leo Rosemberg<sup>573</sup> quanto à ausência de inversão do ônus da prova quando se reconhece a presunção simples ou judicial.

Saliente-se que não haveria como distribuir o encargo probatório nos termos do §1º do art. 373 do CPC em virtude do óbice da imposição de produção de prova de impossível, ou de difícil produção pela parte a ser prejudicada com a presunção (prova diabólica).

Ao descumprir os deveres de boa-fé e de cooperação, inviabilizando ou dificultando a produção de prova pela parte contrária, a parte desleal assumiu o risco de não lograr a produção de prova contrária à do fato presumido. É o que decorre do dever de autorresponsabilidade, vez que a situação de impossibilidade recíproca de produção de determinada prova foi criada pela parte infratora.

Como técnica de valoração, opta-se por prestigiar o direito daquele que foi atingido por ato desleal do outro contendor, presumindo que a obstrução probatória visava a evitar que a prova desfavorável aos seus interesses fosse carreada aos autos do processo.

Advirta-se, porém, que a existência de provas nos autos em sentido contrário pode evitar que se firme a presunção desfavorável.

---

<sup>572</sup> Neste sentido, é o entendimento de William dos Santos Ferreira relativamente à valoração judicial da conduta da parte em juízo: “A forma como a parte se comporta durante o processo pode servir de prova contra ela. No CPC italiano é regra expressa. No Brasil não temos esta disposição, mas as circunstâncias decorrentes da conduta podem levar o juiz a uma análise crítica combinada destas com as demais provas produzidas, inclusive podendo empregar as máximas da experiência (art. 375-no CPC/2015-art.335 no CPC/1973. O que merece aqui destaque é que a conduta da parte conduz o juiz ao convencimento motivado, que é momento judicial prévio, e se ocorrer não leva à aplicação da regra redistributiva do ônus, porque não haveria déficit instrutório a ser superado”. FERREIRA, William dos Santos. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.1012-1013

<sup>573</sup> “Pero sobre todo: cuando el juez sobre la base de un principio de la experiencia se convence de la verdad de una característica exigida por la ley, esto no cambia invierte la carga de la prueba, sino que se ha suministro la prueba y no hay ningùn lugar para la aplicación de las reglas relativas a esa carga segùn hemos explicado anteriormente em el §2, III”. ROSEMBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2ª edição em castelhano. Buenos Aires: Julio Cesar Faira editor, 2002.p.219 Somente reconhecia a inversão do encargo probatório no caso das presunções legais. Nesta mesma vertente, confira-se PACÍFICO, Luiz Boaventura. **O ônus da prova**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2007.p. 178-179



Nessa linha, não seria, de qualquer modo, aplicável o § 2º do art. 373 do CPC, que não autoriza a dinamização do ônus da prova quando se tratar de *probatio* diabólica para a parte onerada.

Por fim, é a conduta desleal, aliada à efetiva impossibilidade de produção de provas pela parte contrária, que enseja a presunção judicial, e não os requisitos previstos no art. 373 do CPC.

#### 4.5 Necessidade de previsão de regra genérica acerca da valoração judicial da conduta da parte

Outra questão que se coloca é a referente à necessidade de previsão expressa de regra genérica acerca da possibilidade de valoração da conduta da parte, nos moldes previstos e nos Códigos de Processo Civil italiano, argentino, panamenho, uruguaio e colombiano.

A vantagem da previsão expressa é a maior segurança e previsibilidade, visto que as partes já têm o conhecimento prévio de que a conduta praticada poderá influir no convencimento do magistrado.

A norma expressa também teria o mérito de internalizar o comportamento leal, pois sabedoras da possibilidade de ser firmada presunção desfavorável a partir da conduta adotada no processo, as partes tenderiam a adotar uma conduta mais ética, mais colaborativa no processo<sup>574</sup>. Nessa diretriz, haveria um estímulo à adoção de um comportamento processual leal<sup>575</sup> como efeito pedagógico da positivação da referida regra.

Para Jorge Walter Peyrano, defensor da alteração legislativa que inseriu a regra do art. 163, 5 no CPC argentino, a previsão legal é um passo importante para que os juízes possam

<sup>574</sup> Mario Matriosta elogia a previsão expressa para que as partes se convençam de que agir de boa-fé é um bom negócio. Ressalta, contudo, que a previsão não seria suficiente, visto que mesmo na Itália, os doutrinadores noticiam a escassa aplicação da regra por parte dos tribunais. MATRIOSTA, Mario. **La conducta procesal de las partes**. 1ª edição. Buenos aires: Ad-Hoc, 2005. p. 128-129. No mesmo sentido, HEÑIN, Fernando Adrián. **Valoración judicial de la conducta procesal**. Revista de processo. V. 170/2009. São Paulo: RT, 2009.

<sup>575</sup> A Lei pode condicionar comportamentos e influenciar na cultura. A este propósito, oportuna é a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. in **Revista de processo** v. 115. Maio-junho-2004. São Paulo: RT, 2004. p. 361.

contar com apoio expresso do qual carecem<sup>576</sup> para valorar a conduta da parte. A preocupação do doutrinador argentino reside na falta de aplicação da valoração judicial da conduta da parte por parte dos juízes, gerando a necessidade de positivizar regra expressa para que esta seja colocada em prática.

No sentido de ser desnecessária a previsão expressa manifestava-se Carlo Furno<sup>577</sup>, pois o juiz poderia valorar sempre a conduta da parte em juízo, independentemente de regra específica a este respeito<sup>578</sup>.

Embora no Direito brasileiro seja possível valorar judicialmente a conduta da parte sem previsão genérica expressa; seria recomendável a elaboração de norma nesse sentido, a fim de estimular a colaboração na produção de provas. Consoante já asseverado, a regra expressa também confere maior segurança, na medida em que as partes já têm conhecimento da possível aplicação da presunção desfavorável em caso de atos desleais que inviabilizem a produção de provas relevantes para o processo.

A proposta de *lege ferenda*, pois, consiste na previsão de um parágrafo no art. 379 do CPC (dever de colaboração da parte no âmbito probatório), contendo a regra de que o comportamento da parte em juízo pode ser valorado pelo juiz, e no caso de conduta que inviabilize a produção de prova relevante para o processo pode ensejar que se firme presunção judicial desfavorável.

---

<sup>576</sup> PEYRANO, Jorge W. Valor probatorio de la conducta de las parte. **Revista La Ley**. Buenos Aires, La Ley, 1979. B-1052/3.

<sup>577</sup> Concordando com a posição de Carlo Furno acerca da inutilidade da previsão expressa, visto que não haveria meios para subtrair do juiz a possibilidade de valorar a conduta da parte no exercício de seus poderes discricionários manifesta-se MELERO, S. Sentis. **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos aires: EJE, 1978. p.292.

<sup>578</sup> FURNO, Carlo. **Contributo alla teoria della prova legale**. Padova: CEDAM, 1940. p. 69.

#### 4.6 Diferença da valoração judicial da conduta da parte em relação a institutos similares

##### 4.6.1 *Venire contra factum proprium, tu quoque, supressio e surrectio*

No ambiente dinâmico do processo, os deveres de colaboração que têm origem no princípio do contraditório devem abarcar a proibição da contradição violadora da confiança legítima, para a construção de uma comunidade de trabalho com divisão de tarefas e corresponsabilidade visando à justa solução do litígio<sup>579</sup>.

A doutrina argentina aponta como uma das manifestações da valoração da conduta da parte, a vedação do *venire contra factum proprium*<sup>580</sup>.

Nesse sentido, o espanhol Pedro Alvares Sanchez de Movellán, ao abordar a possibilidade de reputar como indícios de origem processual a conduta processual das partes, como base para a presunção, vincula esta concepção ao princípio geral da inadmissibilidade do *venire contra factum proprium*.<sup>581</sup> como limite ao exercício de direitos subjetivos.

O princípio da confiança legítima tem por escopo a proteção da estabilidade, das legítimas expectativas geradas por ato anteriormente praticado contra bruscas mudanças de curso.

Fredie Didier Jr acentua que são ilícitas as condutas contrárias ao estado de coisas (comunidade de trabalho) que o princípio da cooperação visa a promover.<sup>582</sup>

O *venire contra factum proprium* consiste na vedação de comportamento que contrarie o sentido objetivo de conduta anterior que gerou nos demais sujeitos do processo legítimas expectativas de manutenção do padrão comportamental<sup>583</sup>.

<sup>579</sup> Quanto à co-responsabilidade dos sujeitos processuais vide CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 464 – 46.5

<sup>580</sup> PEYRANO, Jorge Walter. La doctrina de los propios actos em el Àmbito del procedimiento civil. **Valoración de la conducta procesal**. Org PEYRANO, Jorge W. et al. Santa Fe: Rubinzal -Culzoni, 2005. p. 221-239.

<sup>581</sup> SÁNCHEZ, Pedro Alvarez de Movellán. **La prueba por presunciones**: particular referencia a su aplicacion judicial en supuestos de responsabilidad extracontratual. 1a edição. Granada: Comares, 2007. p. 18.

<sup>582</sup> **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coord CABRAL, Antonio do Passo et al. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 19.

Antonio Menezes Cordeiro considera fraca a justificação *do venire contra factum proprium* na violação da regra de observância da boa-fé, preferindo a recondução à doutrina da confiança<sup>584</sup>. Não se trataria de substituir uma fórmula vazia por outra similar<sup>585</sup>.

Segundo o referido doutrinador, a doutrina da confiança permitiria a enunciação de um critério de decisão no sentido da vedação da conduta contraditória, quando suscitada a confiança num primeiro comportamento. Acentua, ainda, que a adoção do princípio da confiança como fundamento do *venire contra factum proprium* também solucionaria o problema dogmático da impossibilidade de vincular as pessoas permanentemente aos comportamentos uma vez assumidos<sup>586</sup>.

Como subespécie do *venire contra factum proprium* há o *tu quoque*, consubstanciado na regra de vedação do exercício de posição jurídica de vantagem atribuída por determinada norma por aquele que previamente a violou<sup>587</sup>. Por questões éticas, aquele que descumpra determinada norma processual, não poderia por coerência comportamental exigir do outro contendor o cumprimento da norma que ele próprio violou<sup>588</sup>.

A conduta omissiva também pode criar expectativa da manutenção da inércia no processo, ao sinalizar um padrão de conduta estável, permitindo, a aplicação do princípio da confiança<sup>589</sup>. A figura conhecida como *supressio* ( no alemão *verwirkung*) também é uma subespécie de *venire contra factum proprium*, quando o fato próprio é omissivo, gerando

---

<sup>583</sup> Larissa Tunala assevera que no *venire contra factum proprium* das partes, desnecessária é a coincidência entre o sujeito remetente da confiança e o que se contradiz, bastando que ambos pertençam ao mesmo polo de interesse. **Comportamento processual contraditório**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 324.

<sup>584</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no Direito civil**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013. p. 756.

<sup>585</sup> *Loc cit*

<sup>586</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel. Op. cit. p. 756.

<sup>587</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel. Op. cit. p. 837. Anderson Schreiber considera o *tu quoque* subespécie do *venire contra factum proprium*, uma vez que à semelhança do *venire contra factum proprium* há em seu núcleo uma ideia de contradição, porém mais específica quanto à aplicação de critérios valorativos diferentes para situações objetivamente similares. **A proibição do comportamento contraditório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 184.

<sup>588</sup> Menezes Cordeiro põe em relevo que o *venire contra factum proprium* poderia integrar o *tu quoque*, mas pressuporia um alargamento prévio do conceito de *venire*, aduzindo que “no *tu quoque*, a contradição não está no comportamento do titular- exercente em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se.” **Da boa-fé no Direito civil**. 1ª edição 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013. p. 843.

<sup>589</sup> Neste sentido, SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 188. CABRAL, Antônio. Nulidades no processo moderno. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.225.

legítimas expectativas na sua “estabilização”, ou seja, na falta de exercício de determinada situação jurídica processual. A *supressio* consistiria na vedação de exercício de determinada conduta, ante a inércia continuada, a gerar a expectativa de que não seria mais perpetrada. Da inatividade prolongada no exercício de determinada faculdade, como por exemplo, arguição de um vício processual, poderia surgir um direito para a outra parte, o que configuraria a *surrectio*, figura correlata à *supressio*<sup>590</sup>.

Relativamente à valoração judicial da conduta da parte, há julgados do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>591</sup> em que é reconhecida a perda das faculdades processuais em virtude da inércia com base na eficácia probatória da conduta da parte.

Embora seja apontada a necessidade de identidade entre os sujeitos no *venire contra factum proprium* no âmbito do direito privado, no processo, basta que pertençam ao mesmo polo de interesses<sup>592</sup>. Este entendimento é o mais adequado à aplicação do instituto no âmbito

<sup>590</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no Direito civil**. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013. p. 821-823

<sup>591</sup> Pode ser citado o seguinte julgado da 4ª Câmara Cível do TJ/PR, em que houve a valoração judicial da conduta da parte para o reconhecimento da preclusão: EMENTA: AGRAVO INTERNO - DECISÃO DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. NOMEAÇÃO DE PRECATÓRIO SEM COMPROVAÇÃO DE AQUISIÇÃO - RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - ART. 656, § 1º DO CPC. 2. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDOS ADMINISTRATIVOS DE COMPENSAÇÃO INDEFERIDOS - RECURSO DESPROVIDO. (a) A agravante mesmo depois de intimada, não apresentou a escritura pública de cessão e não indicou outros bens à penhora em momento oportuno. Veio apresentar agora, depois de deferida a penhora on line, ou seja, no presente recurso de agravo de instrumento, vale dizer, depois de um ano e oito meses. Evidente a intenção protelatória da agravante. Não pode agora reclamar da penhora on line. (b) Não se pode olvidar que a conduta das partes tem eficácia probatória como ensina Ivan Righi (Eficácia probatória do comportamento das partes, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, v. 27, p. 17-24) e Egas Moniz de Aragão (Exegese do Código de Processo Civil, AIDE, v. 4, Tomo I, p. 100). Agravo Interno 611977001 PR, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, publicado no DJ 22/09/2009, p. 242. Neste caso, o executado, citado, apresentou pedido de suspensão da execução em razão de pedido administrativo de compensação de débitos e créditos de precatórios, alternativamente nomeou à penhora crédito de precatório que não se encontrava em seu nome. Instado a demonstrar a titularidade do precatório indicado à penhora, mediante a exibição do contrato de cessão de precatório, a empresa deixou transcorrer o prazo sem cumprir o determinado. Em virtude da inércia da executada, determinou-se a penhora dos bens constantes do estabelecimento da executada, e tendo restado esta infrutífera foi deferido o pedido de penhora on line. Somente após a realização da penhora on line- cerca de um ano e oito meses depois do prazo para a comprovação da titularidade do precatório- a executada apresentou pedido de resolveu insistir no pleito anterior de execução dos valores. O Tribunal negou provimento a agravo de instrumento interposto para impugnar decisão de deferimento do pedido de penhora *on line* formulado pela Fazenda Pública exequente, sob o fundamento de que a conduta das partes tem eficácia probatória, e que a agravante somente tinha apresentado a comprovação da titularidade dos créditos de precatório indicado à penhora no bojo do recurso de agravo. Em verdade, o caso é de preclusão temporal, em virtude do decurso do prazo para a demonstração da titularidade do crédito indicado à penhora. O comportamento do executado foi valorado para o reconhecimento da preclusão.

<sup>592</sup> Larissa Tunala assevera que no *venire contra factum proprium* das partes, desnecessária é a coincidência entre o sujeito remetente da confiança e o que se contradiz, bastando que ambos pertençam ao mesmo polo de interesses. TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 324.

processual, dentro de uma concepção mais dinâmica, vez que nem sempre o ato emana de um mesmo sujeito, porém a coerência deve ser exigida daqueles que se encontram no mesmo polo de interesses.

O fato próprio no âmbito do direito privado não é um ato jurídico, porquanto desprovido de efeito vinculante, porém se tornaria vinculante, na medida em que dele exsurtem legítimas expectativas que merecem tutela<sup>593</sup>. Desse modo, o ato próprio não necessita ser dotado de relevância, nem de eficácia<sup>594</sup>, mas deve suscitar a confiança da outra parte na manutenção do sentido da conduta empregado nos atos a serem praticados.

Transpondo tal orientação para o processo, alguns ajustes devem ser feitos: o ato próprio é o ato processual, ou melhor, a exteriorização do exercício de situações jurídicas processuais que despertem a confiança em relação à manutenção do sentido objetivo da referida conduta.

Deve estar presente a imprevisibilidade do comportamento contraditório para que se possa considerar presente a confiança legítima. Atos exteriores podem comprovar ter sido criada a legítima expectativa de estabilização de determinado sentido comportamental.

Como bem observa Anderson Schreiber<sup>595</sup>, no âmbito do direito civil, há a possibilidade de ser reconhecido o *venire contra factum proprium* na prática de condutas simultâneas, desde que a ciência pelo titular da confiança do ato tenha sido anterior a do ato contraditório. Nesse caso, há pelo menos na mente daquele que confia na manutenção do primeiro ato, uma ideia de sucessão de atos, embora tenham sido praticados concomitantemente.

No entanto, no âmbito da relação processual, caracterizada por uma sucessão de situações jurídicas processuais, dificilmente haverá a ciência dos atos praticados concomitantemente em momentos distintos. Larrisa Tunala entende que pode ser reconhecido o *venire contra factum proprium* no processo em condutas simultâneas; como por exemplo,

---

<sup>593</sup> A este propósito, Anderson Schreiber afirma: “E é exatamente esses comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (notadamente, o ato jurídico e o negócio jurídico), que vem a incidir o princípio da não-contradição, como meio de tutela da confiança. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p.133-134.

<sup>594</sup> Entendimento diverso adota Luis Diéz-Picazo. **La doctrina de los actos propios: un estudio critico sobre la jurisprudência del tribunal supremo**. Navarra: Civitas, 2014.p 258-259.

<sup>595</sup> Anota Anderson Schreiber: “Parece, portanto, que, ao contrário do que sustenta a doutrina, comportamentos contraditórios simultâneos podem ensejar confiança legítima e atrair a aplicação do nemo potest venire contra factum proprium, desde que tenham repercutido em momentos diferenciados sobre o titular da confiança. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 152.

na apresentação de defesas contraditórias, em que há desconfiança em ambos os atos, de sorte que apenas um deles deve prevalecer<sup>596</sup>. Assim, o *venire contra factum proprium* afastaria a contradição dos atos processuais, ainda que simultâneos.

Não se deve, contudo, desconsiderar que o fator temporal é um dos elementos a serem valorados para verificar no caso concreto se determinado ato gerou legítimas expectativas em certo sujeito<sup>597</sup> do processo, especialmente para o reconhecimento das condutas omissivas que geram a *supressio*- perda do exercício de determinada faculdade- e da *surrectio*.

Considerando que a base da confiança é construída a partir de um primeiro ato que vincularia o comportamento do sujeito do processo, seria impossível conceber a formação de legítimas expectativas em atos contraditórios simultâneos, pois a contradição nos referidos atos geraria; ao revés, a ausência de confiança.

Quanto ao dano efetivo e potencial, este nem sempre é referido pelos civilistas<sup>598</sup>, porém deve ser reputado como essencial no direito privado. Quando não há prejuízo econômico, não haveria nem razão para se invocar a vedação do *venire contra factum proprium*.

Indaga-se: no Direito processual a conduta incoerente acarreta algum tipo de dano?

Se pensarmos sob a ótica do direito privado, negocial seria difícil à primeira vista vislumbrar algum prejuízo no âmbito do processo, ressalvado as hipóteses de dano processual, às quais aludem os arts 79 e 81 do CPC (dano patrimonial e moral causado ao adversário).

<sup>596</sup> TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório. A proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015. p.57-58 e 305.

<sup>597</sup> DIEZ-PICAZO, Luis Ponce. **La doctrina de los actos propios: un estudio critico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo**. Navarra: Civitas, 2014. p.272.

<sup>598</sup> Na doutrina Luis Diez-Picazo não insere o dano entre os pressupostos do *venire contra factum proprium*, considerando apenas a conduta vinculante, a pretensão contraditória, a contradição e a identidade dos sujeitos. **La doctrina de los actos propios: un estudio critico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo**. Navarra: Civitas, 2014. p.257-260. No mesmo sentido BORDA, Alejandro. **La teoria de los actos propios**. 1ª edição. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 67-68. Em sentido contrário, reputando a presença de prejuízo ou iniquidade insuportável, MARTINS-COSTA. Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.621. Nessa linha, Anderson Schreiber insere o dano efetivo ou potencial como um dos pressupostos da configuração do *venire contra factum proprium*, ressaltando que não serão sempre patrimoniais, pois em se tratando de situações existenciais, o dano atingirá os atributos da personalidade humana tais como honra e integridade psicofísica. **A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.154-155.

No entanto, uma análise mais acurada conduz à conclusão de que a prática de atos incoerentes pode prejudicar a marcha processual, sendo possível, ao menos, falar-se em prejuízo à eficiente administração da justiça<sup>599</sup>.

Além da majoração do tempo de tramitação do processo, a conduta incoerente pode prejudicar a defesa do outro litigante em juízo, violando as garantias do contraditório e da ampla defesa, mesmo que não acarrete danos econômicos mensuráveis.

De fato, aquele que se conduziu em conformidade com o padrão de conduta sinalizado pelo outro contendor, e, posteriormente, foi surpreendido com a mudança do sentido da conduta, pode ter desperdiçado oportunidades de apresentar algumas alegações, e pedido de provas, estruturando a sua linha de atuação de forma menos efetiva, dada a ausência de previsibilidade da “guinada” comportamental.

A comprovação do efetivo prejuízo econômico e dano moral terá relevância para embasar o pedido de ressarcimento por dano processual, nos termos dos art. 79 e 81 do CPC.

Em suma, o *venire contra factum proprium* é formado pelos seguintes elementos: conduta (comissiva ou omissiva) anterior apta a gerar legítimas expectativas de manutenção do seu sentido objetivo; conduta posterior que contraria as legítimas expectativas geradas pela primeira conduta e prejuízo processual.

Quando o ato contraditório ocorre no âmbito de um mesmo processo, deve ser reconhecida a preclusão lógica, conceituada como a perda da possibilidade de exercício de uma faculdade<sup>600</sup>, em face da prévia prática de ato logicamente incompatível com o exercício da posição jurídica de vantagem pretendida<sup>601</sup>?

<sup>599</sup> Ao tratar do abuso de Direito, Helena Abdo faz alusão ao dano à eficiência da administração da justiça: “Assim, independentemente da verificação de outros prejuízos, o abuso do processo provoca invariavelmente danos à eficiência da administração da justiça”. **O abuso do processo**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2007. p.126.

<sup>600</sup> Embora consolidada pela doutrina que a preclusão sob a ótica subjetiva era a perda de uma faculdade, ev.uu-se para compreender que na verdade a preclusão não poderia ser consequência atribuída à faculdade, visto que o descumprimento desta não gera consequências desfavoráveis. Partindo da premissa de que o ônus é uma situação jurídica processual cujo descumprimento sujeita a parte a um prejuízo processual, mais apropriado segundo Heitor Sica seria considerar a preclusão como a perda de um ônus. **Preclusão processual civil**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 101-102.

<sup>601</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313. Daniel Mitidiero afirma que a doutrina considera como certa a colocação da preclusão lógica como manifestação particular da proibição do *venire contra factum proprium*, ressaltando, contudo, que o tema aguarda maior desenvolvimento doutrinário. **Colaboração no processo**. 2ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010P. 108. No mesmo sentido, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação**. 1ª edição Salvador: Juspodivm, 2013.p. 293. DIDIER JR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil. **Revista autônoma de processo**. v. 3, abr./jun. 2007. Curitiba: Faculdade autônoma, 2007. p. 205-209. Em sentido diverso, Larissa Tunala considera possível a aplicação do *venire* no mesmo processo nos casos em que inexistente norma



A nosso ver, somente seria possível o reconhecimento do *venire contra factum proprium* no campo processual, quando a contradição ocorresse em processos distintos.

Todavia, se for adotado o conceito mais amplo de preclusão com projeção de efeitos extraprocessuais na linha do professado por Antonio do Passo Cabral<sup>602</sup>, não restaria um campo para aplicação desse instituto do direito privado, pois a vedação da prática de atos logicamente incompatíveis poderia ser efetuada pela aplicação da preclusão lógica.

Se o processo conta com um instituto especialmente formatado para reprimir a incoerência na prática de atos processuais, inexistente razão para proceder ao transplante de instituto do direito privado dotado de mesmo escopo, e realizar as devidas adaptações<sup>603</sup>.

Registre-se que o *venire contra factum proprium* é sempre aplicado subsidiariamente, e, por conseguinte, somente se admitiria a sua incidência à míngua de outro instituto apto a solucionar a contradição, incoerência no âmbito do processo.

Fredie Didier Jr considera que a preclusão lógica é a tradução do *nemo venire contra factum proprium* no plano do direito processual<sup>604</sup> e não outro instituto destinado a reprimir a incoerência violadora das expectativas legítimas.

Feitas essas considerações acerca do *venire contra factum proprium*, coloca-se a seguinte questão: quais as diferenças entre essa figura e a valoração judicial da conduta da parte?

---

expressa prevendo a preclusão. Entende que são fenômenos diversos, pois as consequências são diferentes. No *venire contra factum proprium* as consequências não podem não ser apenas a perda do ônus de praticar determinado ato processual, abarcando a aplicação de multa por litigância de má-fé, valoração da conduta contraditória. TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.p 322-323.

<sup>602</sup> “Com um conceito abrangente de preclusão, incorporando preclusões lógicas( como na tradição latina, derivada do conceito chiovendiano), admitindo-se amplo espectro subjetivo( também para o juiz) e com eficácia extraprocessual, muitos desses institutos seriam desnecessários.Então devemos pensar se haveria ganho em tratar todos esses institutos dentro de um conceito mais amplo de preclusão.Em nosso sentir a resposta é afirmativa.” CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança, transição de posições processuais estáveis**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 310

<sup>603</sup> Luis Diez- Picasso assinala que no processo a perda da faculdade processual de postular o reconhecimento de um direito, impugnar uma sentença, porque antes se havia praticado outra conduta logicamente incompatível, deve ser resolvido pela figura da preclusão, suficientemente construída pelo Direito processual. DIEZ-PICAZO, Luis Ponce de Leon. **La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudência del tribunal supremo**. Navarra: Civitas, 2014.p. 245

<sup>604</sup> DIDIER JR, Fredie. Alguns aspectos sobre a aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil. **Revista autônoma de processo civil**. n. 3 Curitiba: Faculdade Autônoma, 2007. p. 203-213

A conduta da parte a ser valorada em juízo pode ser um ato contraditório, segundo defende a doutrina argentina, o que a aproxima do *nemo postest venire contra factum proprium*.

Não obstante, o *venire contra factum proprium* pressupõe sempre dois atos, sendo que o segundo contraria o sentido primeiro objetivo do anterior, o que não ocorre com a valoração judicial da conduta da parte, na qual basta uma conduta<sup>605</sup>. Nem mesmo haveria a necessidade de ser contrária à boa-fé, visto que, na valoração judicial da conduta da parte, pode também ser valorado o comportamento consentâneo com o princípio da boa-fé, com efeitos favoráveis ao litigante<sup>606</sup>.

Outra diferença é a aplicabilidade do *venire contra factum proprium* ao juiz, ao passo que a valoração da conduta dirige-se somente aos atos das partes em juízo<sup>607</sup>.

Por fim, o *venire contra factum proprium* pode ocorrer em relação a condutas ocorridas em outros processos, enquanto a valoração da conduta da parte restringe-se ao mesmo processo.

Sob esse prisma, somente haveria a coincidência entre o *venire contra factum proprium* e a valoração judicial da conduta da parte quando o ato violador das expectativas geradas pela primeira conduta ocorresse dentro do mesmo processo.

Em nosso entender, contudo, a conduta contraditória endoprocessual estaria vedada por força da preclusão lógica, o que impossibilitaria o reconhecimento do *venire contra factum proprium* no âmbito do mesmo processo.

Nesta diretriz, nunca haveria a correspondência entre a valoração judicial da conduta da parte e o *venire contra factum proprium*. Poder-se-ia apenas falar de valoração judicial da conduta incoerente para o reconhecimento da preclusão lógica, obstando a mudança da linha comportamental, quando presente a sinalização prévia de determinado padrão de conduta.

#### 4.6.2 *Estoppel*

---

<sup>605</sup> MATRIOSTA, Mario. **La conducta procesal de las partes**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005. p. 134. TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório**. A proibição do *venire contra factum proprium* no direito processual brasileiro. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 320

<sup>606</sup> TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório. A proibição do *venire contra factum proprium*** no direito processual brasileiro. 1ª edição. Salvador: Juspodivm p.320

<sup>607</sup> TUNALA, Larissa. Op. cit.. p.251. Nesse mesmo sentido manifestam-se MATRIOSTA, Mario. **La conducta procesal de las partes**. 1ª edição Buenos Aires: Ad-hoc, 2005. p. 135.

Há uma figura, fruto de construção pretoriana inglesa, denominada *estoppel*, que muito se assemelha à doutrina dos atos próprios<sup>608</sup>.

Etimologicamente, *estoppel* significa obstáculo, estorvo, e a sua raiz é a mesma de estopa, como bem assevera Alejandro Borda, destinando-se a impedir eficácia de ato logicamente incompatível com conduta anterior<sup>609</sup>.

O *estoppel* seria uma das *rules of evidence*, consistindo na vedação de um litigante alegar e provar a falsidade no processo daquilo que previamente reconheceu como verdadeiro<sup>610</sup>. Em suma, nas palavras de Puig Brutau, a doutrina do *estoppel* residiria na regra de direito anglo-saxão, em virtude qual é firmada uma presunção absoluta a impedir juridicamente que uma pessoa afirme ou negue a existência de um fato determinado de forma contrária à conduta anterior.<sup>611</sup>

Os requisitos gerais do *estoppel* são os seguintes<sup>612</sup>: i) necessidade de uma pessoa ter dado como existente um determinado estado de coisas; ii) o estado de coisas afirmado deve ser inequívoco, razão pela qual se exclui a conduta silenciosa; iii) a afirmativa deve recair sobre um estado de coisas que se apresenta como presente no momento atual ou passado; iv) o *estoppel* se produz a favor da pessoa que confiou na afirmação; e v) alegação como meio de defesa, não podendo ser reconhecido de ofício pelo Tribunal<sup>613</sup>.

<sup>608</sup> Na doutrina, há divergências acerca da associação do *estoppel* ao *venire contra factum proprium*. Puig-Brutau registra que Oscar Rabasa, Phanor Eder e Maurice Amos compreendem o *estoppel* como instituto exclusivo do Direito britânico, sem contato com a teoria dos atos próprios, que deriva do direito romano. No entanto, Puig Brutau discorda deste entendimento, por considerá-los técnicas equivalentes, porquanto destinadas à proteção dos mesmos bens jurídicos. La doctrina de los actos propios. **Estudios de Derecho comparado**. Barcelona: Ariel, 1951. p.106-107. No mesmo sentido, DIEZ-PICAZO, Luis. **La doctrina de los actos propios**. Navarra: Civitas, 2014.p. 129-130. BORDA, Alejandro, **La teoría de los actos propios**. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot,2000. p. 27.

<sup>609</sup> PUIG-BRUTAU, José.**Estudios de Derecho comparado**. Barcelona: Ariel, ed, 1951. p.109. DIEZ-PICAZO, Luis. **La doctrina de los actos propios**. Navarra: Civita, 2014.p. 129-130. BORDA, Alejandro, **La teoría de los actos propios**. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot,2000. p. 27.

<sup>610</sup> DIEZ.PICAZO, Luis. **La doctrina de los actos propios**. Navarra: Civita, 2014. p 126.

<sup>611</sup> PUIG-BRUTAU, José. La doctrina de los actos propios **Estudios de Derecho comparado**. Barcelona: Ariel, ed, 1951 p. 106-107.

<sup>612</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. **La doctrina de los actos propios**. Navarra: Civita, 2014.p. 129-130.

<sup>613</sup> “ *Ho dicho que el estoppel no es una espada, sino un escudo. Con ello se quiere expresar que no puede ser usado como una acción sino como un medio de defensa, pero entendemos que la expresión “medio de defensa” no equivale a “excepción en sentido procesal. En efecto, al referirnos a una excepción, hacemos mención a la defensa esgrimida por el demandado contra la acción; en tanto que el estoppel es una medida de defensa general que s[olo] puede ser usado por el accionado frente a la demanda sino también puede estar estoppel el próprio demandado para excepcionar. Por lo tanto, puede ser usado por el actor a modo de*

O núcleo do *estoppel* é a “aparência jurídica”, ou seja, a confiança depositada na aparência jurídica de um determinado ato exteriorizado por uma das partes (representação), que, num momento posterior, é contrariado<sup>614</sup>.

A doutrina anglo-saxã divide o *estoppel* nos seguintes tipos<sup>615</sup>:

- a) *Estoppel by record*, correspondente à eficácia da coisa julgada;
- b) *Estoppel by deed*, equivalente à fé pública de que escritura ou documento público;
- c) *Estoppel by facts in pais*, correspondente à doutrina dos atos próprios.

Para os fins desta pesquisa, desnecessária é a análise de cada um dos tipos, cabendo apenas destacar que apenas a modalidade de *estoppel by facts in pais*, ou *estoppel by conduct* corresponde à doutrina dos atos próprios<sup>616</sup>.

As considerações feitas no item anterior podem ser dirigidas ao *estoppel*: a conduta contraditória no processo é ineficaz por força da preclusão lógica. Há apenas a possibilidade de valoração da conduta da parte para reputar logicamente incompatível o ato violador das legítimas expectativas, quando contrarie o sentido objetivo do ato anterior, aplicando-se a preclusão lógica.

No campo probatório, a primeira alegação de que um fato é verdadeiro ou falso retiraria a eficácia probatória de alegações em outro sentido, assemelhando-se à doutrina da intercadência, que será exposta abaixo.

No entanto, como a valoração é realizada em relação a todo o acervo probatório, entendemos que pode ocorrer de o ato contraditório espelhar a versão dos fatos que mais se harmonize com as outras provas dos autos, caso em que deverá prevalecer pelo fato de restar corroborada por outros elementos probatórios.

#### 4.6.3 Prova de intercadência (autocontradicción)

---

*replica como arma defensiva frente a la alegacion del demandado*” BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000 p. 31.

<sup>614</sup> BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000 p. 31-32.

<sup>615</sup> PUIG-BRUTAU, José. La doctrina de los actos propios. **Estudios de Derecho comparado**. Barcelona: Ariel ed, 1951. p.109.

<sup>616</sup> PUIG-BRUTAU, José. La doctrina de los actos propios. **Estudios de Derecho comparado**. Barcelona: Ariel ed, 1951. p. 108.

A doutrina argentina desenvolveu a teoria da prova de intercadência ou autocontradição,<sup>617</sup> segundo a qual, constatada a apresentação de versões dos fatos contraditórias, inconsistentes, deve-se optar pela adoção da tese menos benéfica<sup>618</sup> ao contendor desleal.

Desse modo, firma-se uma presunção desfavorável ao litigante desleal que de forma inconstante apresenta versões diferentes dos fatos discutidos no processo.

Pela doutrina da intercadência, contudo, cujos contornos teóricos são pouco precisos, não se faz a menção à tutela da confiança, nem se invoca a teoria dos atos próprios para justificar a eleição da tese menos favorável à parte.

Conquanto em alguns casos possa se confundir com a doutrina da vedação dos atos contraditórios no processo, dela se diferencia pelos seguintes elementos, segundo bem enuncia Larissa Tunala<sup>619</sup>: “(i) a intercadência tem finalidade apenas probatória; (ii) ela independe de análise da quebra da boa-fé processual objetiva; (iii) ela só gera um efeito (adotar a versão menos favorável); e (iv) ela não possui qualquer relação com o comportamento do órgão julgador”.

Há pontos de contato entre a doutrina da intercadência e a valoração judicial da conduta da parte<sup>620</sup>.

<sup>617</sup> “Como conclusión, entonces, las autocontradicciones debilitan la posición procesal de quien há incurrido en ellas; se trata de una prueba presuncional (iuris tantum em su contra, estándole permitido al tribunal tomar de las varias versiones de la parte autocontradictoria, la que más favorece a la posición de su ocasional contraria. PEYRANO, Jorge Walter et al. **El proceso atípico**. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1984. p. 86.

<sup>618</sup> Eduardo Cambi assinala quanto à doutrina argentina da intercadência: “Na valoração da conduta processual das partes, também é possível atribuir valor à autocontradição, que tem origem nas diferentes versões encontradas nos autos acerca do mesmo fato e proporcionadas pela mesma parte durante o desenvolvimento processual. A doutrina da “intercadência” sustenta que, nessas hipóteses, deve ter-se por certa a versão menos benéfica para o autocontraditor, valorando desfavoravelmente a conduta incoerente, mediante a elaboração de presunção judicial que lhe seja desfavorável. É a situação, por exemplo, daquele que, em ação por acidente de trânsito, confessa a sua culpa no juízo criminal, dizendo que estava dirigindo em alta velocidade, para poder beneficiar-se da atenuante prevista no artigo 65, inc. III, alínea d, do Código Penal, enquanto, no juízo cível, se utiliza de todos os mecanismos, inclusive a negativa de autoria dos fatos, mas acaba por anexar, aos autos, cópia do processo crime” CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n°57, dez.2013. Disponível em: <[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

<sup>619</sup> TUNALA, Larissa. **Comportamento processual contraditório**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 195.

<sup>620</sup> PEYRANO, Jorge Walter et al. **El proceso atípico**. 1ª edição. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. p. 80

A valoração da conduta da parte seria sob certa ótica mais ampla, por abarcar condutas que não são contraditórias; e, por outro lado mais restrita, porque a intercadência pode ocorrer com base em comportamentos praticados fora do processo.<sup>621</sup>

A solução adotada pela doutrina argentina de valorar negativamente a conduta da parte que apresenta versões contraditórias e inconstantes para firmar presunção desfavorável é apontada como ferramenta para compelir os litigantes a agirem em conformidade com os ditames do princípio da boa-fé<sup>622</sup>.

Por outro lado, é criticável tal solução, vez que a versão a ser adotada pelo juiz deve ser a que mais se coadune com os elementos probatórios dos autos, e não necessariamente a mais desfavorável ao litigante desleal.

Por essa razão, Mario Matriosta afirma que a adoção da versão menos favorável seria justificável somente em face da ausência de prova eficaz ou ante provas contraditórias e excludentes entre si, ou seja, quando é impossível determinar qual a versão verdadeira dos fatos.<sup>623</sup>

Em resumo, a solução apresentada pela doutrina argentina da intercadência de considerar a versão menos favorável à parte, no caso de inconsistência das versões dos fatos apresentadas, é forma de valorar a conduta desleal desfavoravelmente aos seus interesses, pois a contradição afastaria a credibilidade das alegações veiculadas<sup>624</sup>.

---

<sup>621</sup> TUNALA, Larissa. Op. cit.. p. 197.

<sup>622</sup> PEYRANO, Jorge Walter et al. **El proceso atípico**. Buenos Aires: Editorial universidad, 1984. p. 86.

<sup>623</sup> Matriosta, Mario. **Conducta procesal de las partes**. 1ª Edição. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005. p. 178-179.

<sup>624</sup> Digno de registro é o acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no qual é feita expressa menção à eficácia probatória da conduta das partes: “Concubinato – sociedade de fato-partilha de bens 1. Réu que confessa relacionamento amoroso na contestação e nega em seu depoimento pessoal- **Conduta das partes- Eficácia probatória**. 2. Prova oral produzida pela autora, comprovando a união estável por longo período- Prova testemunhal do réu frágil. 3. Mulher que se dedica aos afazeres domésticos. Mulher e companheira-Contribuição para aquisição de bens-Auxílio indireto-Direito à meação-Recurso improvido”. (**Apelação Cível. 35488-3, 4ª Câmara Cível do TJ/PR, Relator Lauro Laertes de Oliveira, publicado no Diário oficial em 19/10/1998.**) Neste julgado, a conduta do réu de apresentar versões diferentes dos fatos na contestação e em seu depoimento pessoal foi valorada negativamente, adotando-se a versão que lhe era mais desfavorável, em solução assemelhada à da prova de intercadência, autocontradição. Tratava-se de uma ação de reconhecimento de sociedade de fato, em que o réu havia reconhecido a manutenção do relacionamento na contestação, porém negou tal fato no depoimento pessoal. Em verdade, ao não impugnar na contestação a manutenção da sociedade de fato, reconhecendo-a, tornou incontroverso tal fato.

## 4.7 Dos instrumentos de controle da valoração judicial da conduta da parte no processo

### 4.7.1 Considerações iniciais

Definidos os aspectos estruturais, a natureza jurídica e a eficácia probatória da conduta da parte, no presente subitem serão abordados os mecanismos de controle da decisão que valora tais comportamentos, a fim de evitar a arbitrariedade judicial.

Vimos as críticas de Piero Calamandrei ao art. 116, *comma 2º*, do CPC italiano, por autorizar o juiz a formar o seu convencimento, não tanto com base na verdade dos fatos, mas sim com fulcro na honestidade do litigante, abrindo caminho para influências dos sentimentos, simpatia, tendências políticas, inclinações religiosas na formação do convencimento do magistrado, em detrimento das razões objetivas da causa.<sup>625</sup>

Quanto ao temor de que a ampla “liberdade”<sup>626</sup> possa redundar em condutas arbitrárias do julgador, Michele Taruffo<sup>627</sup> pontua que o meio de se evitar tal arbitrariedade não é a limitação *a priori* da eficácia dos argumentos de prova, das inferências probatórias extraídas da conduta da parte. A solução seria a utilização de instrumentos de controle para prevenir o abuso do juiz na valoração da prova indiciária<sup>628</sup>.

O primeiro instrumento de controle seria a submissão de eventual inferência do Juiz relativamente ao comportamento da parte ao prévio e efetivo contraditório, evitando-se uma decisão de terceira via vedada pelo art. 10 do CPC.

O segundo mecanismo de controle é a motivação da decisão do julgador, por meio da qual se verifica se a inferência construída com base na conduta da parte é acertada.

---

<sup>625</sup> CALAMANDREI, Pietro. El proceso como juego in **Direito procesal civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1986. V. III. p. 291-291.

<sup>626</sup> Preferimos utilizar o substantivo liberdade no lugar de discricionariedade, por entender, que a pré-determinação dos efeitos legais afasta o caráter discricionário da atuação judicial, porquanto ausente o juízo de conveniência e oportunidade. A liberdade é apenas na valoração, pois os efeitos são aqueles previstos em lei.

<sup>627</sup> TARUFFO, Michele. **Considerazioni sulle prove per induzione**. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milão: Giuffrè, 2010. v. 64, Fascicolo: 4. p.1165-1190.

<sup>628</sup> TARUFFO, Michele. **Considerazioni sulle prove per induzione**. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milão: Giuffrè, 2010. v. 64, Fascicolo: 4. p. 1165-1190.

Em verdade, os instrumentos de controle da valoração judicial da conduta das partes atendem às garantias do processo de corte cooperativo dentro da ótica do formalismo valorativo, assegurando-se sempre o espaço de participação das partes na construção da decisão.

Os subitens subsequentes serão dedicados ao estudo desses dois mecanismos de controle da decisão judicial.

#### 4.7.2 Contraditório prévio. Da garantia do exercício do direito de influência

A configuração dialética é da essência do processo, e assegura o princípio da igualdade, na medida em que ambas as partes são informadas das alegações, provas produzidas e têm a correlata oportunidade de sobre elas se manifestarem.

Para Leonardo Greco<sup>629</sup>, o princípio do contraditório é o mais importante do processo contemporâneo, por expressar o princípio político de regência das relações entre o Estado e os cidadãos (da participação democrática), segundo o qual ninguém deve ser atingido na sua esfera de interesses por um ato de autoridade, sem ter tido a oportunidade de influir na elaboração dessa decisão.

Durante o Estado liberal o contraditório resumia-se ao binômio informação /reação, à bilateralidade de audiência, o que atendia à concepção de igualdade formal vigente àquela época.

O direito à audiência bilateral é expresso pelo brocardo *audita altera pars*, cuja origem remontaria à literatura grega antiga segundo Nicolà Picardi<sup>630</sup>, pois era citado com frequência um verso de autor incerto com a seguinte redação: “*antes de haver ouvido um e outro, não dar sentença sobre a sua lide*”<sup>631</sup>. Trata-se da concepção de que ninguém pode ser atingido na sua esfera de interesses sem poder previamente se manifestar<sup>632</sup>.

---

<sup>629</sup> GRECO, Leonardo. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. Revista CEJ, Brasília, n. 35, out/dez. 2006. p. 20-27.

<sup>630</sup> PICARDI, Nicola. 1ª edição. **Proceso e democracia**. Org e revisor técnico de tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 131.

<sup>631</sup> *Loc cit*

<sup>632</sup> GRECO, Leonardo. “Garantias do processo: o processo justo”. In **Estudos de Direito Processual**. Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.225-286.



No entanto, esta concepção de contraditório limitado à audiência bilateral não atendia às exigências democráticas (democracia deliberativa) do processo contemporâneo, de corte cooperativo, em que as decisões são legitimadas quando produto de um frutífero diálogo, em que cada parte pode influir de forma eficaz na formação das decisões judiciais<sup>633</sup>.

De fato, a mera contraposição de teses não garantia que as partes efetivamente participassem da formação da decisão. Como assegurar que as alegações e as provas produzidas foram consideradas pelo juiz em seu processo decisório, se nada a este respeito consta da fundamentação?

Não seria suficiente, pois, que as partes pudessem apresentar os seus argumentos, devendo ser estes apreciados pelo julgador, para que se falasse em contraditório efetivo<sup>634</sup>.

O dever de atenção - correlato ao direito à consideração das partes - exige que o juiz analise todos os fundamentos relevantes apresentados pelos sujeitos do processo, comprovando ter recebido as suas mensagens dentro do ambiente comunicativo<sup>635</sup>.

No Estado contemporâneo, o processo transforma-se no espaço do diálogo humano necessário para a formação conjunta da decisão judicial, mediante o exercício de atos de influência a condicionar reciprocamente todos os personagens do processo (contraditório participativo<sup>636</sup>).

<sup>633</sup> CABRAL, Antônio. **Nulidades do processo civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.112. ZANNETTI, Hermes: **A Constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político do processo civil brasileiro do Estado democrático constitucional**. Tese de doutorado. Porto Alegre:2005, p. 93. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1>>. Acesso em 15.02.2016. NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil**. Tese de doutorado. Belo Horizonte: PUC- MG, 2008. p.200-201.

<sup>634</sup> Analisando o direito à consideração como “banco de prova” do exercício da influência, Rafael Sirangelo de Abreu destaca: “O contraditório, nessa medida, é o mecanismo (meio) que possibilita essa melhora qualitativa na decisão judicial (fim), em uma relação cujo respeito vai ser aferido na motivação, a qual vai funcionar como verdadeiro banco de prova do exercício efetivo da influência. Isso porque não é possível verificar se foi oportunizada -na prática- a todos os sujeitos processuais a potencialidade de influir no convencimento do juiz, se não há o dever de rebate, por parte desse dos fundamentos articulados pelos litigantes”. ABREU, Rafael Sirangelo. **Igualdade e processo**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015. p.144.

<sup>635</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Das nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 142.

<sup>636</sup> “Instaura-se, na 2ª metade do Século XX, o que poderíamos chamar de contraditório participativo, ou seja, o contraditório que, não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa.” GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, São Paulo: Ed. Dialética, mar/2005. p.3. Neste sentido, oportuna a leitura do texto de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório, in **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.. 346, abril-junho, 1999, p. 16.

O ponto chave para distinguir a visão atual do contraditório daquela própria do liberalismo do século XIX é a garantia da influência, e o dever de o juiz de promover o debate sobre as questões relevantes para o julgamento<sup>637</sup>, evitando-se as decisões-surpresa.

Segundo Antonio Cabral<sup>638</sup>, influência é qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas - razões e argumentos - e omissões conclusivas.

O diálogo exigido pelo contraditório participativo muda a postura do juiz que deve ser transparente, externando os pontos que entende relevantes para a decisão, a fim de que as partes sobre eles se manifestem. Desse modo, o juiz deve engajar-se para promover um debate completo no processo<sup>639</sup>.

O dever de debate inerente ao contraditório abarca os deveres de esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção. Ao agir desse modo, o juiz não estaria a prejudicar<sup>640</sup>, mas a

<sup>637</sup> Acerca da efetividade do contraditório que pressupõe a vedação de decisões surpresa, de terceira via pontua Comoglio: “*Se la realizzazione <<efetiva >> efetiva del contraddittorio-soprattutto nei processi di tipo dispositivoi-presuppone necessariamente che il giudice formi il proprio convincimento sulla base degli elementi decisori discussi dalle parti nel corso del processo, e ne renda poi conto numa adeguada in um'adequata motivazione, è chiaro che la <<sorpresa>> conclusiv viene a sugellare<<ex post>> la definitiva inosservanza do quel principio, ponendo nel nulla ogni requisito di <<lealtà>> processuale.um adeguata motivazione.*” Se a realização efetiva do contraditório- sobretudo nos processos do tipo dispositivo- pressupõe necessariamente que o juiz forme o próprio convencimento somente com base nos elementos decisórios discutidos pelas partes no curso do processo e depois justificado numa adequada motivação, é claro que a surpresa conclusiva sela *ex post* a definitiva inobservância deste princípio, tornando sem efeito cada ato de lealdade processual” tradução livre. **Contraddittorio. Digesto dele discipline privatistiche. V. IV** 4ª edição. Torino: UTET, 1989. p. 23.

<sup>638</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 1ª edição. Rio de Janeiro: forense, 2009. p.122. Fernando Gajardoni faz menção ao trinômio conhecimento-participação influência, sem o qual o contraditório não se operaria com plenitude. GAJARDONI, Fernando. **Flexibilização procedimental**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 90.

<sup>639</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.122.

<sup>640</sup> Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco afasta o dogma irracional de que o juiz que expressa seus pensamentos estaria a prejudicar: “*A moderna ciência do processo afastou o dogma irracional segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa durante o processo, estaria prejudicando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando prudentemente em consideração sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre o ônus da prova, quando adverte a necessidade de provar melhor. Tais premissas estão na disciplina da audiência preliminar (CPC, art. 331), na qual o juiz tenta conciliar as partes, e não conseguindo, deve alertá-las dos ônus probatório a cargo de cada uma delas. Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes a se manifestar sobre o ponto. O juiz mudo também tem algo de pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça*” **DINAMARCO, Cândido Rangel.Fundamentos do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 528. V. I. Do mesmo modo destaca Antonio do Passo Cabral ao tecer considerações sobre o dever de engajamento do magistrado, de promover o debate: “Sem embargo, atualmente ganhou vigor e foi vitoriosa a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O magistrado deve criar as condições para o desenvolvimento de uma ampla discussão entre os demais sujeitos, velando pelas

permitir o exercício pelas partes do poder de influência sobre pontos relevantes para a decisão, garantindo a participação na formação do provimento judicial.

Nessa linha, mesmo a mudança da qualificação jurídica deve ser objeto de prévio debate entre as partes, ensejando uma releitura dos consagrados brocardos *daha mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*<sup>641</sup>.

Não há como negar que a nova valoração jurídica surpreende as partes, na medida em que estas organizam suas linhas de atuação em juízo, em conformidade com o enquadramento jurídico dos fatos.

Registre-se que inexistente uma separação precisa entre fato e direito, na medida em que a norma é resultado da interpretação do texto legal, com base nos fatos discutidos no processo<sup>642</sup>.

Destarte, no perfil cooperativo de processo, privar as partes de manifestar-se sobre a valoração jurídica, representa ofensa ao direito de participação pela influência na formação da decisão.

#### 4.7.2.1 Do contraditório prévio à valoração judicial da conduta da parte

Tratando-se de valoração da conduta da parte para firmar presunção desfavorável, não pode ser o autor da conduta surpreendido, sem antes ter a possibilidade de exercer o direito de influência na formação da decisão<sup>643</sup> (art. 10 do CPC).

---

iguais oportunidades de manifestação, pela sua correta notificação etc, conclamando e incentivando os demais sujeitos a aderirem e participarem.” CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.234-235.

<sup>641</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A garantia do contraditório**, in Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 346, abril-junho, 1999, p. 16. Observa com percuciência Daniel Mitidiero que a relativização do brocardo *iura novit curia* só tem sentido a partir da compreensão do direito, não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação, havendo a separação entre texto e norma” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil. Pressupostos éticos e lógicos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p.103. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p 314.

<sup>642</sup> No sentido de que interpretar é elaborar a norma pela atividade interpretativa, confira-se GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28. Perfilhando a mesma orientação Humberto Ávila afirma que o texto não pode ser confundido com a norma, pois esta é o resultado da interpretação do texto, conforme o excerto a seguir transcrito: “*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se dizer que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado*” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

É que a decisão deve basear-se em fatos discutidos pelas partes, não estando o juiz autorizado a valorar a conduta como fonte de presunção, sem a prévia oitiva da parte prejudicada<sup>644</sup>.

Em face da ausência de previsão legal genérica da possibilidade de valoração da conduta da parte no Direito brasileiro, em muitos casos, nem mesmo está ciente a parte desleal de que pode ser “punida” com a presunção desfavorável.

Ao discorrer sobre a valoração da conduta da parte que se recusa a fornecer material genético para exame de DNA, visando à descoberta da paternidade, José Carlos Barbosa Moreira assevera não ter sentido oferecer à parte que se recusou a submeter-se à perícia a oportunidade de manifestar-se acerca de sua negativa como fonte eventual de presunção judicial. Aponta a peculiaridade de ser o indício a conduta da própria parte, o que justificaria um tratamento diferenciado em relação a outros indícios. Por essa razão, defende que o essencial para assegurar o contraditório é que a parte seja informada das consequências de sua

---

<sup>643</sup> Reputando indispensável o contraditório, confira-se CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html)>. Acesso em: 01 jan. 2016. Destacamos que o anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais da faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro previu o contraditório prévio à valoração judicial da conduta da parte em juízo em seu art. 3º, §2º, o qual dispõe que “*quaisquer ilações sobre a existência de fatos relevantes que possam ser extraídas das ações ou omissões das partes serão submetidas previamente à sua manifestação*”, ressalvado apenas o constante do art 56 do Anteprojeto. GRECO, Leonardo. A reforma do Direito probatório no processo civil brasileiro-anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro. **Revista eletrônica de Direito processual**. v. 13. Janeiro a junho/2014. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923> Acesso em 10/07/2016. A explicação da referida previsão (art. 3º § 2º) encontra-se no texto a seguir transcrito: “ Sim, esse foi o objetivo, evitar que a conduta das partes pudesse vinculá-las a determinadas conclusões que por elas não fossem previstas. Hoje é muito comum o juiz usar esse tipo de argumento para tirar ilações fáticas, até mesmo o ingresso, a meu ver espúrio, no processo do *venire contra factum proprium*. O juiz não pode considerar provado isto ou aquilo só porque a parte se comportou dessa maneira ou daquela: essa consideração precisa ser submetida ao contraditório, até os indícios precisam se submeter ao contraditório” GRECO, Leonardo et al. A reforma do Direito probatório no processo civil brasileiro-anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais” da Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Quarta parte. **Revista de Processo** 243 /2015. São Paulo: RT, 2015. p. 163-211

<sup>644</sup> Sérgio Covello, em sua dissertação de mestrado, defendida na USP, no início da década de 80 defendia a necessidade do prévio contraditório, no caso das presunções judiciais, porém ressaltava inexistir dispositivo expresso, a este respeito, no CPC/1973, o que somente permitia a impugnação em sede recursal, conforme se afere do excerto abaixo transcrito: “ *Para que a prova pudesse produzir-se, a exemplo do que ocorre com as presunções legais, seria necessário existir em nosso sistema um despacho interlocutório preliminar à decisão, no qual o magistrado apresentasse a prova em que iria fundamentar seu pronunciamento. Aí, sim, a parte prejudicada pela presunção poderia apontar a prova do contrário. Mas tal despacho inexistente em nosso processo e, assim, a parte prejudicada pela presunção, somente poderá combatê-la em grau de recurso*” COVELLO, Sérgio. **A presunção em matéria civil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983. p.101

conduta, bastando que haja a sua intimação pessoal para a colheita do material genético, com a expressa advertência de que a negativa poderá fundar uma presunção desfavorável.<sup>645</sup>

Muito embora concordemos com as ponderações de Barbosa Moreira, reputamos mais prudente, em virtude da expressa previsão do art. 10 do CPC, conceder oportunidade à parte para manifestar-se, antes da prolação da decisão, ainda que expressamente advertida das consequências desfavoráveis advindas da recusa. Depois de concedida a oportunidade à parte a ser prejudicada com a presunção desfavorável, obviamente, deverá ser aberta vista dos autos à parte contrária para apresentar seus argumentos, antes da prolação da decisão.

Desse modo, deve ser assegurado o direito de a parte prejudicada com a presunção demonstrar a inexistência do fato base da presunção (indício), mediante a apresentação de motivo legítimo para a prática da conduta, comprovação de fato contrário ao presumido, ou a demonstração da ausência dos elementos do raciocínio presuntivo<sup>646</sup>.

Nos casos de omissão e obstrução probatória, a prévia oportunidade para se manifestar pode servir de estímulo para que a parte decida finalmente adotar o comportamento esperado, colaborando para a produção da prova; quando isso, obviamente, for possível no caso concreto.

A falta dos requisitos da gravidade, precisão e concordância do indício também pode ser invocada pela parte prejudicada, e, desse modo, evitar que o juiz presuma a conduta de negativa de produção de prova (omissão ou obstrução) desfavoravelmente a seus interesses.

Para a aferição da gravidade e precisão dos indícios, relevante questão é a atinente à falta de consistência das máximas da experiência, que pode ser invocada pela parte antes da prolação da decisão, alertando o juiz de que os critérios de inferência não derivam do senso comum; ou mesmo que a regra metajurídica a ser aplicada contraria outra máxima da experiência comum ou científica; que, no confronto, deveria prevalecer, conduzindo à ilação diversa.

---

<sup>645</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. La negativa de la parte a someterse a una pericia medica. **Debido proceso**. 1ª edição. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 376

<sup>646</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova por presunção no processo civil**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2013. p. 116. SANCHEZ, Pedro Alvarez de Movellan. **La prueba por presunciones**. 1ª edição. Granada: Comares, 2007. p. 128. Danilo Knijnik entende que a discussão em contraditório acerca da consistência e validade do raciocínio presuntivo assenta-se em cinco questões : correta qualificação do raciocínio probatório como presunção ou presunção de segundo grau, correta verificação dos requisitos de concordância, gravidade e precisão de indícios, consistência da máxima de experiência utilizada na conclusão do fato ignorado, verificação da natureza das dúvidas remanescentes, existência de prova contrária à presunção. KNIJIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, Penal e Tributário**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.57-58

Alertada da possibilidade de ser firmada presunção desfavorável, pode a parte insurgir-se contra a aplicação de máximas da experiência científica, sob o fundamento da necessidade de realização de perícia, ante o preceituado no art. 375 do CPC.

Outro modo de demonstrar o desacerto do raciocínio presuntivo é produzir prova contrária à conclusão a ser alcançada pelo juiz por meio da presunção.

Prestigiando o princípio do contraditório, a Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola em seu art. 386 exige a prévia manifestação da parte em desfavor de quem será firmada a presunção<sup>647</sup>, justamente para possibilitar ao prejudicado a produção de prova em sentido contrário.

#### 4.7.3 Do dever de motivação adequada

Componente indissociável do sistema de valoração da persuasão racional é o dever de motivação, cuja função é assegurar a correta apreciação das provas constantes dos autos pelo juiz<sup>648</sup>, dos argumentos veiculados pelas partes (contraditório participativo), permitindo-se o controle da legalidade e da racionalidade da decisão.

A garantia constitucional da fundamentação adequada das decisões judiciais (art. 93 IX da Constituição da República) permite aferir se o dever de atenção decorrente do contraditório foi cumprido pelo juiz, ou seja, se o direito de influência das partes foi efetivamente exercido no processo.

Nessa linha de entendimento, a motivação tem como principal função a de justificar a decisão<sup>649</sup>, ou seja, o juiz deverá demonstrar, à luz das provas dos autos e dos argumentos das partes, que a decisão adotada era a mais adequada. Nesse ponto, não se poderia confundir

<sup>647</sup> “Artículo 386 Presunciones judiciales.

1. *A partir de um hecho admitido o provado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de outro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe um enlace preciso y directo según las reglas del critério humano.*
2. *Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba em contrario a que se refiere el apartado 2 del articulo anterior”*

<sup>648</sup> MAGALHÃES FILHO, Antônio. **A motivação das decisões penais**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2001. p. 24.

<sup>649</sup> Acerca da motivação como discurso justificativo, confira-se TARUFFO, Michele. *Motivação da sentença cível*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.p.113-145.196-198. O referido autor faz referência à distinção que a metodologia lógica e científica faz entre a contexto of Discovery e contexto of justification, compreendendo-se o primeiro como o procedimento de formulação da solução, e o segundo, o procedimento destinado a justificar, demonstrar a validade da solução encontrada. Op cit. p.196

raciocínio decisório - explicitação do *iter* decisório - com motivação, pois essa última é um discurso de justificação racional das escolhas do juiz, representando um conjunto orgânico de critérios a partir dos quais seria possível averiguar a adequação da decisão.<sup>650</sup>

Robert Alexy<sup>651</sup> faz menção à classificação de Wróblewski, segundo a qual há no discurso jurídico dois tipos de justificação: a interna, na qual se verifica coerência entre as premissas e a decisão; e a externa, que consiste na correção dessas premissas.

Portanto, a justificação interna, diz respeito à coerência interna do ato decisório, ao passo que a externa analisa a correção das premissas fáticas, ou seja, a correta aplicação da lei e apreciação das provas constantes do processo<sup>652</sup>.

A segunda forma de justificação permite o controle democrático da decisão judicial, vez que os destinatários não são somente as partes, mas também a coletividade<sup>653</sup>.

A viabilidade desse controle extraprocessual, segundo averba José Carlos Barbosa Moreira, “*é condição essencial para que, no seio da sociedade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional- fator inestimável no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições*”<sup>654</sup>.

O requisito primordial da motivação é o da completude, inteireza ou integridade da fundamentação,<sup>655</sup> segundo o qual esta deve abarcar a apreciação dos pontos relevantes, sem os quais a solução seria diferente<sup>656</sup>.

<sup>650</sup> TARUFFO, Michele. *Motivação da sentença cível*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

<sup>651</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Shild Silva. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.219.

<sup>652</sup> Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera destacam que o dever de expor as razões da decisão induz o Juiz a uma maior ponderação e à busca de uma solução que em conformidade com o direito possa confirmar o cumprimento do dever institucional de “súdito” e garante da legalidade, afastando suspeitas de abuso, arbitrariedade e imparcialidade. ANDOLINA, Ítalo. et al. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Turim: G Giappichelli, 1990. p.118-119.

<sup>653</sup> TARUFFO, Michele. **Motivação da sentença cível**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015.p 247

<sup>654</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988. p.83-95.

<sup>655</sup> TARUFFO, Michele. **Motivação da sentença cível**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 374. Muitos autores preferem adotar o substantivo inteireza no lugar de completude, tradução do substantivo italiano “completeza”. A este propósito, confira-se DINAMARCO, Cândido Rangel. O dever de motivar e a inteireza da motivação. **Fundamentos do processo civil**. 6ª edição. São Paulo, Malheiros, 2001. Tomo I. Outros doutrinadores preferem a palavra “integridade”. Nessa linha, vide: MAGALHÃES FILHO, Antônio. **Motivação das decisões penais**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2001.

<sup>656</sup> TARUFFO, Michele. **Motivação da sentença cível**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 374. Neste sentido Cândido Rangel Dinamarco afirma que se reputa não motivada a decisão judiciária que se omite sobre pontos de fato ou de direito cujo exame poderia conduzir a julgamento diferente daquele pelo qual

A “integridade” permite aferir se o contraditório como direito de influência foi efetivamente exercido, na medida em que somente seria completa a decisão que apreciasse os argumentos das partes, e as provas relevantes para o julgamento.

Destaque-se que a atribuição de valor preponderante a determinadas provas, em detrimento de outras, carece de uma justificação lógica, devendo o juiz explicitar os critérios utilizados para avaliar a credibilidade das provas, o peso probatório, e especialmente, para o raciocínio que conduz à presunção judicial.

Apesar de ressaltar que os parâmetros de completude da motivação variam de acordo com o caso concreto, Michele Taruffo enuncia como cânones gerais de uma decisão bem fundamentada sob esta ótica (completude) a necessidade de interpretação das normas aplicadas, a verificação dos fatos, a qualificação jurídica do caso, e a declaração das consequências advindas da decisão<sup>657</sup>.

Nessa toada, a decisão judicial deve analisar todos os fundamentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Assim, não pode o julgador apreciar somente os fundamentos que corroborem a sua conclusão sobre os fatos, esquecendo-se de analisar aqueles contrários à sua ilação.

O vencido deve ter seus argumentos considerados, ainda que seja para refutá-los, a fim de poder impugnar a decisão, ou mesmo conformar-se, em razão da persuasão exercida pela fundamentação apresentada pelo julgador<sup>658</sup>.

No atual CPC, houve o reforço do dever de motivar por meio da enunciação de requisitos mínimos da fundamentação das decisões judiciais no artigo 489 do CPC, interpretação a *contrario sensu* das hipóteses elencadas em seu §1º, acrescida do caso específico do §2º (fundamentação no caso de aplicação da ponderação de princípios).

Embora seja aparentemente prescindível a previsão expressa de tais requisitos, em virtude do insculpido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República<sup>659</sup>, entendeu o

---

houver optado o juiz. O dever de motivar e a inteireza da motivação. **Fundamentos do processo civil**. I. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 943. Tomo I

<sup>657</sup> TARUFFO, Michele. **Motivação da sentença cível**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p 374.

<sup>658</sup> Adotando esse posicionamento, José Rogério Cruz e Tucci : “ Como se pode deduzir, além do aspecto racional que deve conotar a sentença, no seu desenvolvimento, reclamam-na( a fundamentação) as ideias de que às partes é devida uma satisfação e, igualmente, de que efetiva deve ser a preocupação do juiz em convencê-las do acerto do decidido.” TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 69.

<sup>659</sup> Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do dever de motivar destaca a impossibilidade de emitir critérios muito objetivos acerca da sentença mal motivada e sem motivação, anota que “*se considera não motivada a decisão que se omite quanto a fato, que se fosse considerado alteraria o julgamento da causa, quando omite o exame*



legislador que deveria tornar mais efetivo o controle do dever de motivar, para evitar a proliferação de decisões contendo fundamentações genéricas, divorciadas dos elementos probatórios constantes do processo, omissas, e que de modo geral não permitissem aferir os critérios eleitos pelo julgador para a valoração dos fatos relevantes.

O rol previsto no §1º do art. 489 do CPC é meramente exemplificativo, visto ser impossível prever todas as hipóteses de decisão com vício de fundamentação, em virtude da complexidade da vida e das peculiaridades do caso concreto.

Destarte, foram selecionadas as hipóteses mais comuns de decisão não fundamentada, em conformidade com o observado na vida prática para permitir um controle, mediante a exegese a *contrario sensu* do §1º do art. 489 do CPC, e do caso específico do §2º do art. 489 do CPC.

No caso de colisão de normas, exige o §2º do art. 489 do CPC que o juiz justifique o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que ensejaram a interferência na norma afastada, e as premissas que autorizam a conclusão.

Segundo Robert Alexy, “*os princípios jurídicos são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas*”<sup>660</sup>. Em caso de conflito, a solução é obtida pela ponderação entre os princípios colidentes por meio da proporcionalidade<sup>661</sup>. Não há o afastamento total de um dos princípios, mas apenas o sacrifício de sua incidência em grau total por força da ponderação.

Deve o juiz explicitar o raciocínio empreendido no método da ponderação cujo objetivo é atribuir pesos a princípios, bens que entram em conflito. Desse modo, deve justificar as premissas da ponderação: o objeto, os princípios em conflito, os critérios de ponderação. Por fim, deve esclarecer como foi alcançado o resultado de prevalência de um princípio sobre o outro, justificando a conclusão atingida.

A ponderação realizada com a utilização do postulado da proporcionalidade pressupõe o exame da adequação (o meio deve ser adequado à consecução do fim), a

---

*de preliminares processuais, quando o acórdão se reporta aos fundamentos da sentença, sem atenção aos fundamentos trazidos pelo recorrente e crítica a ela”* DINAMARCO, Cândido Rangel. O dever de motivar e a inteireza da motivação. **Fundamentos do processo civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 944. Tomo I.

<sup>660</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 117.

<sup>661</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 117-118. Segundo Humberto Ávila a proporcionalidade não é princípio e sim, postulado normativo-aplicativo, metanorma, porque estabelece os critérios de aplicação dos princípios e regras. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p.149.

exigibilidade (deve ser o meio mais suave, menos restritivo dos direitos fundamentais) e a proporcionalidade em sentido estrito (relação custo/benefício).

Evita-se, com esse procedimento, que haja a mera invocação do princípio que ao final teve a sua prevalência reconhecida, sem a apresentação das justificativas do resultado do juízo de ponderação.

#### 4.7.3.1 A motivação adequada da decisão de valoração da conduta da parte

Ao fundamentar a valoração da conduta processual da parte, o juiz deve explicitar os critérios que guiaram a atribuição de peso probatório àquele comportamento da parte; que pode, dependendo das peculiaridades do caso concreto, desempenhar função subsidiária de meio de valoração de outras provas, ou de fonte de presunção. No último caso, ou seja, quando a conduta conduz à presunção judicial, mais acentuado é o dever de fundamentar consistente na enunciação das razões que fizeram o juiz extrair da conduta da parte (fato-base) a prova de determinado fato relevante para o julgamento.

Os argumentos veiculados pelo litigante a ser prejudicado com a presunção- primeiro instrumento de controle- deverão merecer especial atenção, pois pelo teor da fundamentação será aferido se o contraditório como direito de influência foi efetivamente assegurado no processo.

Quanto ao raciocínio que conduz à presunção, deve ser aferido se o julgador valorou de forma correta a presença dos requisitos da gravidade, precisão e concordância dos indícios. Conforme já asseverado, não obstante a ausência de expressa previsão dos referidos requisitos, deve haver a prova da relação de causalidade entre o fato base da presunção (indício), em termos de maior probabilidade de ocorrência (gravidade), e o fato presumido; a univocidade (precisão), e a concordância, ou convergência, no sentido da conclusão (concordância), quando há uma pluralidade de indícios<sup>662</sup>.

Neste aspecto, assume especial importância a fundamentação das máximas da experiência utilizadas pelo juiz como critérios de inferência no raciocínio da presunção<sup>663</sup>.

As máximas da experiência, utilizadas na presunção e, de modo geral, em toda a atividade de valoração probatória, devem ter como fonte a cultura do homem médio comum

<sup>662</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2002. p.58-59.

<sup>663</sup> Francisco Rosito ressalta ser fundamental a motivação das máximas de experiência para que o juiz aponte as noções utilizadas e o raciocínio desenvolvido sobre as mesmas. ROSITO, Francisco. **Direito probatório. As máximas da experiência em juízo**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 151.

em determinado espaço e época<sup>664</sup>, pois consubstanciam conhecimentos compartilhados por determinada comunidade em dado momento histórico.

Impõe-se verificar se a regra da experiência foi corretamente formulada, ou seja, se a máxima haurida da observância do que ordinariamente ocorre, a partir de casos particulares, corresponde efetivamente a uma máxima do senso comum; ou constitui, ao contrário, ilação arbitrária do julgador, fundada em preconceito, ou uma percepção singular da realidade, não compartilhada por outros membros da comunidade.

Ressalte-se que o raciocínio judicial não se esgota na forma de silogismo, pois se trata de raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, com influxo de informações que não se restringem ao Direito<sup>665</sup>. O perigo, portanto, residiria justamente no raciocínio judicial, quando necessária a utilização dos elementos metajurídicos, dado o risco de generalizações espúrias<sup>666</sup>.

Mesmo que se tratasse de um modelo silogístico de raciocínio, este não prescindiria da enunciação das premissas adotadas para a aferição do acerto da conclusão. O risco do raciocínio silogístico repousa na possibilidade de basear-se em falsas premissas e conduzir a decisões equivocadas<sup>667</sup>, daí a necessidade da correta justificação da premissa eleita.

Dada a generalidade, indeterminação das regras de experiência hauridas com base no que normalmente ocorre, a partir de observação de fatos particulares; imprescindível, pois, é a enunciação dos critérios que nortearam a formulação da máxima da experiência, a fim de permitir o controle pelos jurisdicionados. Consoante já asseverado no item 4.7.1, relativo ao prévio contraditório, mesmo a regra científica, pode apresentar considerável margem de erro, o que pode lastrear a sua impugnação.

---

<sup>664</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 1ª edição. Madri: Trotta, 2002. p. 273.

<sup>665</sup> TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do Juiz. **Revista Paulista da magistratura**. v. 2, no 2, julho-dezembro/2001. p 172.

<sup>666</sup> Michele Taruffo aponta o risco de erros judiciais quando o Juiz necessita sair do mundo da cultura jurídica, a ele familiar, para extrair do senso comum, da experiência coletiva ou da ciência aquilo que precisa para formular as passagens e os segmentos não jurídicos de seu raciocínio. TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do Juiz**. **Revista Paulista da magistratura**. v. 2, no 2, julho-dezembro/2001. p 195

<sup>667</sup> Michele Taruffo expõe a crítica contundente de Guido Calogero à doutrina silogística: “ *Exemplar nesse sentido é a crítica de Calogero, que teve ampla ressonância, também porque foi a primeira crítica articulada à doutrina silogística que apareceu em nosso país, segundo a qual o silogismo judicial não exaure o juízo, porque representa apenas o iter que o juiz segue para deduzir a decisão das premissas de fato e de direito, mas não compreende atividade essencial ligada à fixação das premissas pelo juiz.* TARUFFO, Michele. **Motivação da sentença cível**. 1a edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 150. As críticas de Guido Calogero encontram-se em CALOGERO, Guido. **La lógica del giudice II suo controllo in cassazione**. Pádua: CEDAM, 1937.p. 51-53

O complexo problema da motivação das máximas da experiência é bem exposto por Michele Taruffo<sup>668</sup> no tocante à falta de homogeneidade cultural e estabilidade, a dificultar a formulação do raciocínio judicial com bases metajurídicas simples:

“Os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comuns a todos, se em algum tempo tiveram um sentido de correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar de pós-moderna”.<sup>669</sup>

Conquanto, em princípio, o comportamento omissivo e oclusivo, no tocante à produção de provas, permita firmar presunção da veracidade do fato que se pretendia provar com base no que normalmente ocorre; é possível com base na motivação apresentada impugnar a decisão, apontando o desacerto do raciocínio, por meio da argumentação lógica, invocando fatos aptos a justificar a conduta praticada, e fatos contrários ao que se reputou demonstrado pela presunção.

---

<sup>668</sup> TARUFFO, Michele. Máximas da experiência e senso comum. **Revista da escola paulista da magistratura**, v2, no 2. Julho-dezembro200. p. 196.

<sup>669</sup> TARUFFO, Michele. Máximas da experiência e senso comum. **Revista da escola paulista da magistratura**, v2, no 2. Julho-dezembro2001. p. 151-204. Considerazione sul massime d'esperienza. **Rivista trimestrale di diritto i procedura civile**, v 63, Ano 2009, Pádua: CEDAM, 2009. p. 557.

## CONCLUSÃO

O propósito do presente estudo foi analisar a possibilidade de valoração judicial da conduta da parte no campo probatório à luz dos princípios da cooperação e da boa-fé no marco teórico do formalismo valorativo.

O processo cooperativo, que corresponde ao modelo constitucional de processo, é um espaço de diálogo simétrico entre os sujeitos processuais, exigindo uma atuação leal de todos os participantes e, especialmente, a conjugação de esforços para a produção das provas necessárias à reconstrução dos fatos da forma mais fiel possível à realidade.

O formalismo valorativo apregoa que as formalidades constituem a consagração das garantias constitucionais, representando ordem, segurança, a evitar o arbítrio do julgador e garantir a isonomia entre as partes no processo. Busca-se um ponto de equilíbrio entre os valores segurança e efetividade: sem se descuidar dos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, almeja-se por meio das formalidades processuais reforçar a segurança e a participação das partes na formação da decisão.

O reflexo desta postura mais garantista, sob o influxo do formalismo-valorativo, encontra-se na análise dos instrumentos de controle das decisões que valoram a conduta da parte para firmar a presunção judicial.

A valoração judicial da conduta da parte constitui técnica importante para o reforço dos deveres de boa-fé e cooperação

Nesse contexto, a falta de colaboração no campo probatório, especialmente as condutas oclusivas (negativa em exibir provas, destruição, alteração do estado dos fatos) e omissivas, rompem o equilíbrio entre as partes, justificando a aplicação da presunção desfavorável como sanção ao contendor desleal.

Primeiramente, firmamos o entendimento de que a valoração judicial da conduta da parte não representaria ofensa ao princípio dispositivo, vez que a conduta processual prescindiria da iniciativa da parte para ser livremente valorada pelo Juiz.

Procedemos à análise estrutural da valoração judicial da conduta da parte, com a definição dos sujeitos das condutas a serem valoradas. Concluímos que o conceito de Liebman de partes, como “*os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz*”, é o mais adequado por abranger também os intervenientes, assistentes, que, também podem praticar atos atentatórios aos princípios da boa-fé e da colaboração para obterem êxito na defesa de seus interesses em juízo.

Relativamente às condutas dos terceiros, que não integram formalmente o processo, concluímos que, em regra, não podem ser valoradas pelo Juiz, porquanto inconcebível a aplicação de sanção processual a alguém por conduta de outrem. No entanto, se for demonstrado um “acerto”, conluio da parte com o terceiro, com o propósito de obstruir a produção de provas, omitir informações e documentos relevantes, poderá ser admitida a valoração da conduta perpetrada por terceiro para a aplicação de efeitos desfavoráveis à parte a quem o ato desleal aproveita.

Ressaltamos, ainda, que o fato de ser a conduta praticada pelo advogado, não exime a parte dos efeitos da valoração desfavorável. Nesse caso, caberá à parte apenas a propositura de ação, visando ao ressarcimento do dano causado pelo advogado, sem prejuízo da possibilidade de formular representação à OAB, para a aplicação das sanções disciplinares pertinentes.

Quanto ao objeto da valoração, concluímos que tanto o exercício de uma situação jurídica processual passiva (deveres, ônus), quanto ativa (faculdades, direitos, poderes), poderá ser valorado desfavoravelmente à parte, desde que haja a violação dos deveres de boa-fé e colaboração processual. Portanto, mesmo as situações jurídicas ativas, se forem exercidas de forma abusiva (abuso do processo), podem ensejar a valoração desfavorável. Reputamos, contudo, inadmissível a valoração desfavorável do exercício da sujeição, situação jurídica passiva, vez que se encontra privada a parte de meios aptos a evitar a produção dos efeitos advindos dessa situação jurídica processual.

A conduta valorada deve ser endoprocessual, na medida em que o comportamento extraprocessual pode vir aos autos pelos meios típicos de prova, e receber o tratamento da prova emprestada.

No tocante à natureza jurídica, a conduta da parte em juízo poderia ser enquadrada como prova atípica ou típica: o comportamento com relevância probatória pode ser prova típica, quando praticado no âmbito dos meios de prova típicos como, por exemplo, durante o interrogatório livre, a inspeção judicial, depoimento pessoal e outros ou; ao revés, encontrar-se desvinculado de algum meio de prova típico.

No que tange à eficácia probatória, os indícios endoprocessuais colhidos da conduta da parte podem desempenhar função subsidiária de meio de valoração de outras provas, ou de fonte de presunção, dependendo das peculiaridades do caso concreto. Outra não poderia ser a solução, vez que inexistente uma hierarquia das provas dentro do sistema de valoração da persuasão racional, devendo o valor probatório ser atribuído pelo Juiz, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Neste norte, imprescindível que se verifique, no caso concreto, se a conduta da parte versa sobre circunstâncias para valoração de outra prova, ou sobre os próprios fatos a provar.

Desse modo, deve ser averiguado se o fato secundário integra a porção de realidade na qual se insere o fato principal, ao qual se liga inferencialmente, ou é uma circunstância relacionada à prova do fato principal.

A conduta da parte, pois, pode servir como mero reforço das demais provas ou ser autossuficiente para a demonstração dos fatos relevantes da pretensão deduzida em juízo, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Se os indícios consubstanciados na conduta das partes forem dotados dos requisitos da gravidade, precisão e concordância (art. 2729 do Código Civil Italiano), poderão ensejar isoladamente a comprovação de um fato relevante à formação da convicção do juiz.

A gravidade refere-se à prova da relação de causalidade entre o fato base da presunção (indício) e o fato presumido, em termos de maior probabilidade de ocorrência. A precisão diz respeito à univocidade das consequências. O requisito da concordância é aferido, quando há uma pluralidade de indícios, consistindo na convergência dos indícios no sentido da conclusão obtida.

A insuficiência do quadro probatório, como resultado do descumprimento do dever de colaboração, a gerar um quadro de desigualdade no processo, justificaria a atribuição de um valor probatório superior, de autossuficiência ao comportamento da parte para a formação do convencimento do juiz.

A conduta da parte a ser favorecida com a valoração também não poderá ser desconsiderada. Importa saber se esta obrou com omissão ou má-fé para aplicar à parte adversa os efeitos desfavoráveis advindos de sua conduta.

A solução será obtida por meio de um juízo de ponderação, à luz dos demais elementos probatórios, para definir as consequências da concorrência de condutas desleais de ambas as partes no caso concreto.

Outros fatores podem influir na atribuição de maior peso probatório à conduta da parte em juízo, como a natureza da questão debatida, como por exemplo, nas ações de investigação de paternidade, em que se firma a presunção desfavorável em caso de negativa de submissão à prova pericial. Além de ser o exame de DNA a prova mais precisa, a discussão na referida ação envolve a tutela de direito fundamental à descoberta da ascendência biológica.

A quantidade e a gravidade (reprovabilidade) da conduta das partes também devem ser consideradas, em conjunto com as demais provas constantes do acervo probatório, para a definição do valor da conduta processual das partes.

A valoração da conduta da parte para firmar presunção desfavorável não corresponde a uma dinamização do ônus da prova em virtude da prática de ato contrário à boa-fé, na medida em que consubstancia técnica diversa, destinada a coibir os atos processuais desleais da parte no campo probatório. Dois fundamentos podem ser apresentados para lastrear tal conclusão.

O primeiro fundamento reside na diferenciação entre a fase de dinamização do encargo probatório e a de valoração da prova.

A valoração ocorre num momento anterior ao da modificação do encargo probatório, reputando-se provado o fato *probandum* a partir do indício. Não se trata de uma situação de dúvida (*non liquet*), vez que a aplicação das regras da experiência permite que a partir de um indício endoprocessual (comportamento processual da parte) seja demonstrado pela presunção o que se almejava comprovar com a prova omitida ou destruída pelo litigante desleal.

Destarte, não há o *non liquet* a justificar a aplicação das regras de dinamização do encargo probatório.

Por outro lado, nem mesmo seria possível a redistribuição do encargo probatório nos termos do §1º do art. 373 do CPC, em virtude do óbice da imposição de produção de prova de impossível, ou de difícil produção pela parte a ser prejudicada com a presunção (prova diabólica).

Ao descumprir os deveres de boa-fé e de cooperação, inviabilizando ou dificultando a produção de prova pelo adversário, a parte desleal assumiu o risco de não lograr a produção de prova contrária à do fato presumido.

Como técnica de valoração, privilegia-se o direito daquele que foi atingido por ato desleal do outro contendor, presumindo que a obstrução probatória visava a evitar que a prova desfavorável aos seus interesses fosse carregada aos autos do processo.

Ressaltamos, porém, que a presunção a ser firmada é relativa, passível de ser afastada pelas outras provas dos autos em sentido contrário.

Considerando que a presunção desfavorável é a *ultima ratio*, somente pode ser firmada quando impossível a produção da prova por conduta desleal de uma das partes. Em sendo possível a produção de provas, devem ser utilizadas as medidas de sub-rogação e multa coercitiva, com o escopo de se obter a prova sonegada anteriormente ao reconhecimento da presunção desfavorável.

A conduta contraditória pode ser valorada para a atribuição de efeitos no campo probatório. Apesar das semelhanças, a valoração judicial da conduta da parte distingue-se do *venire contra factum proprium*, por não ser aplicável ao juiz e restringir-se ao processo, não abrangendo as condutas extraprocessuais.



Na estrutura do *venire contra factum proprium* há sempre dois atos, sendo que o segundo contraria o sentido objetivo do anterior, diversamente do que ocorre com a valoração judicial da conduta da parte, na qual basta uma conduta.

Frisamos que na valoração judicial da conduta da parte não há a necessidade de estar presente a violação do princípio da boa-fé, nem a confiança na manutenção do sentido objetivo da conduta, pois a conduta consentânea com a boa-fé pode ser valorada favoravelmente.

Ressaltamos que o *venire contra factum proprium* estaria abarcado pela preclusão lógica, podendo apenas se falar em valoração judicial da conduta da parte para o reconhecimento da preclusão.

Como consideramos o *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio* subespécies do *venire contra factum proprium*, as mesmas diferenças podem ser apontadas entre estes institutos e a valoração judicial da conduta da parte.

A inconsistência da conduta da parte tem reflexos no campo probatório, reduzindo a credibilidade das afirmações feitas pelo contendor contraditório. Consoante a doutrina do *estoppel*, na vertente do *estoppel by facts in pais*, análoga ao *venire contra factum proprium*, a segunda conduta que contradiz comportamento anterior dotado de aparência jurídica (confiança depositada na aparência jurídica), é considerada ineficaz.

Segundo a doutrina da intercadência, no caso de conduta inconsistente de um dos contendores, adota-se a versão dos fatos que menos lhe favorece. Trata-se de uma valoração judicial da conduta da parte, para a aplicação de efeitos desfavoráveis no campo probatório. Como a versão dos fatos a ser adotada deve ser a que encontra amparo nas provas dos autos, somente é aplicável tal teoria, quando presente um quadro de insuficiência probatória.

Conquanto inexista no Direito brasileiro uma cláusula geral prevendo a possibilidade de valoração judicial da conduta da parte para a formação do convencimento judicial nos moldes do preconizado no Direito italiano, entendemos ser tal técnica de valoração plenamente aplicável, como decorrência da positivação do princípio da boa-fé, do qual advêm os deveres anexos de cooperação, e do princípio da cooperação. Também servem como fundamento da possibilidade de valorar a conduta da parte no processo civil brasileiro o sistema de valoração da persuasão racional, a previsão do uso de meios de prova atípicos e das máximas da experiência para firmar presunção judicial. As regras específicas previstas no CPC, nos casos de negativa à exibição de documento, falta de comparecimento ao depoimento pessoal, ou emprego de respostas evasivas, possibilidade de concessão de tutela de evidência punitiva e a aplicação dos efeitos da revelia no caso de ausência de contestação ou falta de

impugnação especificada dos fatos articulados na exordial já demonstram que o legislador considera a conduta da parte como meio de prova apto a conduzir à presunção simples ou judicial.

Não obstante, entendemos que a previsão de uma regra geral acerca da valoração judicial da conduta da parte, como fonte de presunção desfavorável, teria o condão de reforçar a busca cooperativa da verdade, na medida em que ficaria ciente a parte de que o descumprimento do dever de cooperação no campo probatório pode gerar-lhe consequências desfavoráveis. Além de conferir maior segurança, consistente na previsibilidade da aplicação da presunção desfavorável, apresenta efeitos pedagógicos, desestimulando a prática de atos desleais no campo probatório.

A proposta de *lege ferenda*, pois, consiste em acrescentar um parágrafo ao art. 379 do CPC (dever de colaboração da parte no campo probatório), contendo a regra de que o comportamento da parte em juízo pode ser livremente valorado pelo juiz, e no caso de conduta que inviabilize a produção de prova relevante para o processo, pode ensejar a aplicação da presunção judicial desfavorável.

A fim de compatibilizar a valoração judicial da conduta da parte com as garantias do processo de corte cooperativo, dentro da ótica do formalismo valorativo, devem ser garantidos mecanismos de controle da decisão judicial que firma a presunção, com base na conduta da parte em juízo. Desse modo, assegura-se o espaço de participação das partes na construção da decisão, e evita-se, de outro lado, a arbitrariedade do julgador.

O primeiro instrumento de controle seria a submissão dessas inferências do Juiz ao prévio e efetivo contraditório das partes, evitando-se uma decisão de terceira via, expressamente vedada pelo art. 10 do CPC.

Como no Direito Brasileiro inexistente uma previsão legal genérica da valoração judicial da conduta das partes, nem mesmo está ciente o litigante da provável aplicação da presunção desfavorável, como sanção pelo ato desleal.

Nessa linha de raciocínio, deve ser assegurada à parte a ser prejudicada com a valoração, a possibilidade de demonstrar a inexistência do fato base da presunção, mediante a apresentação de motivo legítimo para a prática da conduta, bem como comprovar fato contrário ao presumido, ou apontar a inconsistência dos elementos do raciocínio presuntivo.

No que tange aos elementos do raciocínio presuntivo, a parte pode invocar a ausência dos requisitos da gravidade, precisão e concordância dos indícios a serem valorados. Neste ponto, ressaltamos a importância da discussão acerca da consistência das máximas da experiência utilizadas como critérios de inferência. Com o propósito de evitar que se firme

presunção desfavorável, a parte pode antes de a decisão demonstrar que os possíveis critérios de inferência a serem aplicados não derivam do senso comum; ou, ainda, que há outra regra de experiência que conduziria à ilação diversa. No caso de aplicação de uma máxima da experiência científica, pode ser aventada a margem de erro do critério a ser aplicado, e especialmente, a necessidade de perícia para alcançar aquela conclusão, ante a previsão expressa do art. 375 do CPC.

Depois de concedida vista à parte a ser prejudicada com a presunção desfavorável, obviamente, será franqueada a mesma oportunidade à parte contrária, para que esta deduza seus argumentos, de sorte a influir no convencimento do julgador.

O segundo meio de controle é a motivação da decisão do juiz, por meio da qual se verifica a consistência da inferência construída com base na conduta da parte. Trata-se de um instrumento complementar ao primeiro mecanismo de controle (prévio contraditório), porquanto permite a aferição do efetivo exercício do contraditório como direito de influência: todos os argumentos veiculados pelas partes, e, especialmente, aqueles deduzidos após a advertência feita ao litigante desleal de que poderia ser firmada presunção desfavorável, deverão ser enfrentados pelo julgador.

Ao fundamentar a valoração da conduta processual da parte, o juiz deve explicitar os critérios que nortearam a atribuição de peso probatório àquele comportamento da parte, que pode, dependendo das peculiaridades do caso concreto, desempenhar função subsidiária de meio de valoração de outras provas, ou de fonte de presunção. No último caso, ou seja, quando a conduta conduz à presunção judicial, mais acentuado é o dever de fundamentar consistente na enunciação das razões que fizeram o juiz extrair da conduta da parte (fato base) a prova de determinado fato relevante para o julgamento.

Quanto ao raciocínio que conduz à presunção, deve ser averiguado se o julgador valorou de forma correta a presença dos requisitos da gravidade, precisão e concordância dos indícios.

Neste aspecto, assume especial importância a fundamentação das máximas da experiência utilizadas pelo juiz como critérios de inferência no raciocínio da presunção.

Por fim, deve ser verificada se a regra da experiência foi corretamente formulada, ou seja, se a máxima haurida da observância do que ordinariamente ocorre, a partir de casos particulares, corresponde efetivamente a uma máxima do senso comum; ou constitui, ao contrário, ilação arbitrária do julgador, fundada em preconceito, ou uma percepção particular da realidade, não compartilhada por outros membros da comunidade.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges et al. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas às projeções a partir da exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de processo*, a. 33, n. 166, dez. 2008.

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

ABELLÁN, M. Gascón. *Los hechos en el derecho*. 3. ed. Madri: Marcial Pons, 2010.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo*. São Paulo: RT, 2015.

ACOSTA, Daniel Fernando. La conducta procesal de las partes como prueba. In: PEYRANO, Jorge (Dir.); ACOSTA, Daniel Fernando (Coord). *Valoración de la conducta procesal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005.

AGUIAR JR. Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades. Disponível em: <[http://www.ruyrosado.com.br/upload/site\\_producaointelectual/26.pdf](http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/26.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

ALBERTO, Misael E. Valor procesal de la conducta en juicio. Un aporte más para su consideración como indicio y otras cuestiones más. In: PEYRANO, Jorge W et al. *Valoración de la conducta procesal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte : Del Rey, 2008.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. 2006. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRS, 2006. Orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

AMARAL, Paulo Ostermack do. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015.

ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Turim: G Giappichelli, 1990.

ANDRIOLI, Virgílio. *Commento al codice di procedura civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1957.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_. O indício e a prova no direito processual. In : DUARTE, Herculano et al. *Processo Civil: Aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas deo fenômeno processual ? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.) et al. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: gaseta jurídica, 2016.

BODART, Bruno. *Tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2015.

BORDA, Alessandro. *La teoria de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ed jurídicas Europa América, 1959. v. 1.

BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro: análise dogmática à luz da isonomia entre os litigantes*. 2016. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. O modelo constitucional do Direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual e algumas de suas implicações. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 161, p. 261-270, 2008.

BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 47, p. 92-99, 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança, transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria de repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 149, jul. 2007.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo : RT, n. 126, 2005.

\_\_\_\_\_. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição*. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 6, maio 2005.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio come diritto di influenza e dovere di dibattito. *Rivista di diritto processuale*, n.2, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *El proceso como juego in Direito procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1986. v. 3, p. 291-291.

CALOGERO, Guido. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. *Rivista di diritto processuale civile*, Pádua: CEDAM, parte 1, n. 2, 1939.

\_\_\_\_\_. *La lógica del giudice Il suo controllo in cassazione*. Pádua: CEDAM, 1937.

CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html)> Acesso em: 9 out. 2015.

\_\_\_\_\_. A prova. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito probatório. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. HOFFMAN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) da parte. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol 201, p. 59-100, 2011.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *Os limites da defesa incompatível à luz da eventualidade*. Tese de doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: A. Giuffrè, 1974. Tomo I. p 85.

\_\_\_\_\_. *Proceso, ideologias y sociedade*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1974.

CARBONELL, Miguel. *Nuevos tempos para el constitucionalismo in neoconstitucionalismo (s)*. 4. ed. Madri: Trotta, 2009.

CÁRDENAS, Héctor. *El valor probatorio de la conducta procesal de las partes frente la garantía constitucional de igualdad ante la ley: Valoración de la conducta procesal*. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale*. Pádua: Cedam, 1936. v. 1.

\_\_\_\_\_. *A prova civil*. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

\_\_\_\_\_. *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayù, 1955.

CARPES, Arthur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: o ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Orientador Danilo Knijnik.

CARRADITA, Andre Luis Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais*. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARRATA, Antonio. Il principio della non contestazione nel processo civile. Milao: Giuffrè, 1995.

\_\_\_\_\_. "Funzione dimostrativa della prova". *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: CEDAM, p. 73-103, 2001.

\_\_\_\_\_; TARUFFO, Michele. *Commentario al código di procedura civile*. Libro primo. Poteri del giudice. Bolonha: Zanichelli, 1987. v. 1.

CAVALLARI, Bonna Ciaccia. *La contestazione nel processo civile*. Milão: Giuffrè editore, 1992.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del Regolamento di Klein Il processo civil tra libertà e autorità). *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: CEDAM, out./dez., 1995.

CHIARLONI, Sergio. Riflessioni sui limitii del guidizio di fatto nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Procedura Civile*, Milão : Giuffrè, 1986.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: \_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 75-98.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2. ed. Turim: UTET, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contraddittorio*: digesto dele discipline privatistiche. 4. ed. Turim: UTET, 1989. v. 4.

\_\_\_\_\_. FERRI Conrado; TARUFFO Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v. 1.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

CORDOPATRI, Franco. *Presunzione*. Enciclopedia del diritto. XXXV. Milão: Giuffrè, 1987. p. 273-303

COSTA, Judith Martins-Costa. *"A boa-fé no Direito privado"*. São Paulo, RT, 1999.

COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004.



DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; ALVIM, Tereza Arruda (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

DE STEFANO, Giuseppe. Note sul'abuso del processo. *Rivista del diritto processuale*, Pádua: CEDAM, p. 593-594, 1964.

DIAS, Roberta Benito. *Contribuição do juiz e das partes na instrução processual*. 2014. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Orientador José Roberto dos Santos Bedaque.

DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

\_\_\_\_\_. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

\_\_\_\_\_; CABRAL, Antonio do Passo et al. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. Alguns aspectos do venire contra *factum proprium* no processo civil. *Revista autônoma de processo*, Curitiba, p. 203-213, 2007.

*Direito ao silêncio do processo brasileiro (arts 347 do CPC e 229 CC)*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/direito-ao-silencio-no-processo-civil-brasileiro-arts-347-cpc-e-229-cc/>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

DIEZ-PICAZO, Luis Ponce de Leon. *La doctrina de los actos propios: un estudio critico sobre la jurisprudência del tribunal supremo*. Navarra: Civitas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Victor P DE Zavalla editor, 1974. t. 1.

\_\_\_\_\_. *Teoria General de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Victor P DE Zavalla editor, 1974. t. 2.

EGUREN, Maria Carolina; Diretor PEYRANO, Jorge W.; BARBERIO, Sérgio et al. (Coord.). *Princípios procesuales*. Buenos Aires : Rubinzal Culzoni, 2011. t. 1.

FAURE, Myriam T. Balestro. La valoración judicial de la conducta em juicio. In: ACOSTA, Daniel Fenando (Dir); PEYRANO, Jorge Walter (Coord). *Valoración judicial de la conducta procesal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

FAVARETTO, Isolde. *Comportamento processual das partes como meio de prova*. Porto Alegre: Editora Acadêmica, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madri: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. Pasado y futuro del Estado del derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madri: Trotta, 2009.

FERRARI, Francesca. *La prova migliore. Una ricerca di diritto comparato*. Milão: Giuffrè editore, 2004.

FERREIRA, William Santos; ALVIM, Tereza Arruda (Coord). “*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*”. São Paulo: RT, 2015. p. 991-1025.

\_\_\_\_\_. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: FERREIRA, William dos Santos et al. (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. Coleção Grandes temas do novo CPC. 5. p. 369-385.

FERRER, Jordi Beltrán. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. *Prueba y verdate en el derecho*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

FREITAS, José Lebre de. et al. *Código de Processo Civil anotado (arts. 381º a 675º)*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. v. 3.

\_\_\_\_\_. O papel dos princípios gerais na revisão do processo Civil”. In: \_\_\_\_\_. *Comentários ao CPC*. Lisboa: Quid iuris, 1996.

FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Pádua: CEDAM, 1940.

GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, XIII, n. 3, ago./set..1988. Pádua : Cedam, 1988.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GORLA, Gino. Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice. *Rivista di Diritto processuale civile*, Pádua: CEDAM, v. 12, pt. 2, 1935.

GORPHE, François. *La appreciation des preuves en justice*. Paris : Sirey, 1947.

GOZAINI, Osvaldo. *La conducta em el proceso*. La plata: Ed platense, 1988.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. *Rivista di diritto processuale*, Padua: Cedam, v. 21, 1966.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, v. 206, p. 123, abr. 2012.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. “Garantias do processo: o processo justo”. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 20-27, out/dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015. In: *Inovações do Código de processo Civil de processo civil de 2015*. Rio de Janeiro: Gz editora, 2016. p. 25

\_\_\_\_\_. A reforma do Direito probatório no processo civil brasileiro-anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro. *Revista eletrônica de Direito processual*, v. 13, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923> acesso em 10/07/2016>. Acesso em: 21 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. A reforma do Direito probatório no processo civil brasileiro-primeira parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das reformas processuais". Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 240, 2015.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 33, p.29-56, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. *Teoria Geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROSMAN, Kathie. O dever de veracidade das partes no processo civil. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. CI, n. 501, p. 477-483, 1945.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2009.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: um enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

HEÑIN, Fernando Adrián. Valoración judicial de la conducta procesal. *Revista de proceso*, São Paulo: RT, v. 170, 2009.

\_\_\_\_\_. El principio da moralidad em el proceso civil actual. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012.

HILL, Flávia Pereira. "O Direito processual transnacional como forma de acesso à justiça no séc XXI." Rio de Janeiro: GZ editora, 2013.

INGRAO, Giuseppe. *La valutazione del comportamento delle parti nel processo tributario*. Milão: Giuffrè editore, 2008.

JARAMILLO, Marabel Londono. Los indícios conductuales en el proceso civil. *Revista opinione jurídica*, Medelin, v. 5, 2006.

JOBIM, Marco Félix. *Fases metodológicas do processo*. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/artigos/ed8-7.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 135, 2007.

JOSSERAND, Louis. *L'esprit des droits et de leur relativité: théorie di l'buse des droits*. 2. ed. Paris: Libraire Salloz, 1939.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoria de las pruebas y medios probatórios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

\_\_\_\_\_. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes. In: *Debido processo: realidade y debido processo*. El debido processo y la prueba. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

KNIJNIK, Danilo. *A prova no juízo, cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. KNIJNIK, Danilo. “Das perigosíssimas teorias sobre o ônus da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”. In: FUX, Luiz et al. *Processo e constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/>>. Acesso em: 01 set. 2016.

LAGARDE, Xavier. *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.

LANES, Julio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O Juiz como único destinatário da prova(?). In: FERREIRA, William Santos et al. (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5. p. 91-102. Coleção grandes temas no novo CPC.

LESSA, Guilherme Thofehrn. Ausência de colaboração e evidência no Direito. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 246, 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de processo civil*. Palmas: Intellectus, 2003. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, n 5, jan/junho 2010. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23097/16450>>. Acesso em: 21/07/2016.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAGALHÃES FILHO, Antônio. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

MALATESTA, Nicola di Franmarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Conan, 1995. v. 1.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile II: il processo di cognizione*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v.2.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer *do venire contra factum proprium*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 376, p 109-129, nov/dez 2004.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MASCIOSTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.

MEDINA, Paulo Gouveia. "A prova das intenções no processo civil". *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 168, fev. 2009.

MELENDO, S SENTIS. *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: EJE, 1978.

MÉNDEZ, Susana Pazos. Los critérios de facilidade y disponibilidad probatória em el processo civil. In: LLUCH, Xavier Abel; JUNOY, Joan Picó I. *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Procesal, 2007. p. 77-100.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale civile*. Pádua: CEDAM, 1959.

\_\_\_\_\_. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1961.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MONTERO AROCA, Juan. El proceso llamado de social como instrumento de justicia autoritária. In: \_\_\_\_\_. *Proceso y ideologia*. Valencia: Tirant to blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. In: DIDIER Jr, Fredie et al. *Ativismo processual e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1998.

MORELLO, Augusto. *Dificuldades de la prueba en procesos complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

\_\_\_\_\_. *La prueba: tendências modernas*. Buenos Aires: Platense, Abeledo-Perrot, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova: temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55-71.

\_\_\_\_\_. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol 76, out./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. *La negativa de la parte a someterse a una pericia medica*. Debido proceso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

\_\_\_\_\_. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Temas de Direito processual. Segunda Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Regas de experiência e conceitos jurídicos indeterminados: Temas de Direito processual: Segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.*

\_\_\_\_\_. *Neoprivatismo no processo civil: Temas de direito processual: Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.*

\_\_\_\_\_. *A responsabilidade da parte por dano processual no Direito brasileiro: Temas de Direito processual: Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.*

\_\_\_\_\_. *Julgamento e ônus da prova*. In: *Temas de Direito processual civil: Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.*

\_\_\_\_\_. *O processo penal norte-americano e sua influência*". *Temas de Direito processual: Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004*

MOURA, Maria Tereza de. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2009.

NEVES, Daniel Assumpção; Cabral, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NIEVA, Jordi Fenoll. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010.

NOBILI, Massimo. *Libero convencimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974.

\_\_\_\_\_. Nuove polemiche sulle cosiddette “massime di esperienza”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão: Giuffrè, a. 12.

NUNES, Dierle. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil*. 2008. Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 346, abr./jun., 1999.

\_\_\_\_\_. Presunções e ficções no Direito probatório, *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 96, jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

OST, François. *Jupiter, Hercules e Hermes, tres modelos de juez*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>>. Acesso em 14 jan. 2017.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PANTOJA, Fernanda Medina. *Protocolos pré-processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia no processo brasileiro*. 2016. Tese de Doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Orientador Humberto Dalla Bernardina di Pinho.

PASSOS, Calmon de. Instrumentalidade do processo ou devido processo legal. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 102, abr./jun. 2001.



PATTI, Salvatore. *Le prove: parte generale*. Milão: Giuffrè editore, 2010.

PEYRANO, Jorge W et al. (Org.). *Valor probatorio de la conducta de las partes: valoración de la conducta procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

\_\_\_\_\_. Valor probatorio de la conducta de las partes. *Revista La Ley*, Seção Doutrina, Buenos Aires: Sociedad anônima editora, 1979.

\_\_\_\_\_; CHIAPPINI. *El proceso atípico*. Buenos Aires: Editorial universidad, 1984.

\_\_\_\_\_. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir en materia jurídica, In: PEYRANO, Jorge W; WHITE, Inés Lépori (Dir). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2008.

\_\_\_\_\_. Informes sobre la doctrina de Las cargas probatorias dinamicas. O processo em perspectiva. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Jornadas brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: RT, p. 220.

\_\_\_\_\_. El abuso del derecho en el ambito del processo civil. *Revista Themis*. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11116/0>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. La carga de la prueba. *Revista Themis*. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11116/0>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

PEYRANO, Marco. La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de aquisição procesal. Su verdadera naturaleza jurídica. In: PEYRANO, Jorge (Dir). Daniel Acosta (Coord). *La valoración judicial de la conducta procesal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005. p.49.

PICARDI, Nicola. *Processo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Org. e rev. Carlos Alberto Alvaro Oliveira.

PICÓ I JUNOY, Joan. El debido processo leal. *Revista peruana de derecho procesal*, Lima: palestra, 2006.

\_\_\_\_\_. *El juez y la prueba*. Barcelona: JM Bosch editor, 2007.

\_\_\_\_\_. El derecho procesal entre o garantismo y la eficácia: um debate mal planteado. In: Juan Montero Aroca (Coord). *Proceso y ideologia*. Valencia: Tirant to blanch, 2006. p. 109-127.

\_\_\_\_\_. El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español. Biblioteca virtual da UNAM. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/31.pdf>>. Acesso em 17 jan. 2017.

PINHO, Humberto Dalla; ALVES, Tatiana Machado. “A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação”. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, v. 15, n. 15. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16872/12518>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Nápoles: Novene, 2014.

PITT, Gioconda Fianco. *Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil*. 2008. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova? In: FERREIRA, William Santos et al. (Coord.). *Direito probatório: grandes temas de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5. p. 91-102.

PUIG-BRUTAU, José. *La teoría de los actos propios: estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel, 1951.

QUIJANO, Jairo Parra. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda, 2006.

QUEIROZ, Pedro. *O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no processo civil*. 2010. Dissertação de mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Orientador Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

RAMOS, Victor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental à prova. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 224, 2013.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual: ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. Coord. Didier Jr et al.

RANGEL, Rui Manuel Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RICCI, Gian Franco. *Le Prove atipiche*. Milão: Giuffrè editore, 1999.

\_\_\_\_\_. Prove e argomenti di prova. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, a. 42, 1998.

RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista de Direito da Universidade do Paraná*, n. 20, 1981/1982.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.  
\_\_\_\_\_. O sobre princípio da boa-fé como decorrente do Estado de Direito. *Revista AJURIS*, v. 31 n. 95, set. 2004.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

\_\_\_\_\_. A efetividade do processo e a distribuição do ônus da prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 12, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8690>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de La prueba*. Buenos Aires: IBdeF, 2002.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SABATÉ, Luís Muñoz. *Curso Superior de probática judicial*. Madri: La Ley, 2012.

\_\_\_\_\_. Técnica probatória. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el procesos. Barcelona: Práxis, 1967.

SÁNCHEZ, Pedro Alvarez de Movellán. *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicacion judicial en supuestos de responsabilidad extracontratual*. Granada: Comares, 2007.

SANTOS, Leide Maria. *A boa-fé objetiva no Processo Civil Brasileiro: teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Espírito Santo, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral do. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1968. v. 5.

\_\_\_\_\_. Limites às atividades das partes no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 175, 1958.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SATTA, Salvatore. *Commentario al codice di procedura civile*. Milão: Vallardi, 1959. v. 1.

SCALAMOGNA, Margheita. “L’efficacia probatoria degli argomenti di prova”. *Rivista di Diritto processuale*, Pádua : CEDAM, Julho agosto 2009. p. 1161-1180.

SEGNI, Antonio. *Principio di eventualità e riforma de processo civile*. Scritti Giuridici. Turim: Editore Torinese, 1965. v. 1.

SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*. Milão: Giuffrè, 2001.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. *Revista jurídica*, Sapucaia do Sul, a. 56, n. 366 abr. 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: Sérgio Fabris ed, 1999.

SCHÖNKE, Adolfe. Direito processual Civil. 14. ed. Campinas: Romana, 2003.

SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SICA, Heitor. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. 2009. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Orientador: José Roberto dos Santos Bedaque.

\_\_\_\_\_. *Preclusão processual civil*. São Paulo Atlas, 2006. p. 96.

\_\_\_\_\_. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier et al.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

\_\_\_\_\_. 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, p.81- 99, dez. 2003.

SOBRINHO, Elisio Cresci. *O dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1988.

SOUSA, Everardo. Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil. *Revista Forense*. jul./set. 1975, p. 101-112.

SOUSA, Luis Filipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Editora Lex, 1997.

\_\_\_\_\_. Aspectos do novo processo civil português. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 338, p. 149-158, abr./jun. 1997.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETTO, Theobaldo. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (Novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais, *Revista de Processo*, v. 230, abr. 2014.

SPINELLI, Michele. *Las pruebas Civiles*. Buenos Aires: EJEJA, 1973.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Tradução de Andrés de La Oliva Santos. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

STRECK, Lênio. A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor jurídico*, 23 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 05 maio 2015.

TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente?. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 134, p. 137-163, 1997.

TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth and the foundations of semantics. *Philosophy and Phenomenological Research* 4 (1944). Disponível em: <<http://www.ditext.com/tarski/tarski.html>>. Acesso em: 01 set. 2016

TARUFFO, Michele. *Motivação da sentença cível*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. La prueba de los hechos. Madri: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. Uma simples verdade. *O juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial pons, 2012.

\_\_\_\_\_. *Studi sulla rilevanza della prova*. Pádua: CEDAM, 1970.

\_\_\_\_\_. Considerazione sulle prove per induzione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão: Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 165-1190, 2010.

\_\_\_\_\_. Considerazione sul massime d'esperienza. *Rivista trimestrale do diritto i procedura civile*, Milão Giuffré v 63, 2009.

\_\_\_\_\_. Abuso dos direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 34, n. 177, p 153-183, 2009.

\_\_\_\_\_. Presunzioni, inversioni, prova del fato. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão: Giuffrè, n. 3, set. 1992.

\_\_\_\_\_. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do Juiz. *Revista Paulista da magistratura*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001.

\_\_\_\_\_. "Prove atipiche e convincimento del giudice". *Rivista di diritto processuale*, Pádua: CEDAM, v. 28, pt. 2, 1973.

\_\_\_\_\_. O ônus como figura processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. a. 7, v. 9, jan/jun. 2013. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_11a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_11a_edicao.pdf)>. Acesso em 31 ago. 2014, p. 420-431.

\_\_\_\_\_. *Elementi per una definizione del abuso del processo: abuso del processo*. Pádua: Cedam, 1997. v. 3.

\_\_\_\_\_. Per una teoria dela decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão: Giuffré, 1997.

\_\_\_\_\_. Funzione dela prova: la funzione dimostrativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão: Giuffrè, 1997.

\_\_\_\_\_. Modelli di prova e di procedimento probatório. *Rivista di diritto processuale*, Pádua: CEDAM, a. 45, segunda série, 1990.

TEDOLDI, Alberto. La non contestazione nel nuovo art. 115 CPC. *Rivista di diritto processuale*, Pádua : CEDAM, v. 66, segunda série, 2011.

TEIXEIRA, Guilherme de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

TEPEDINO, Gustavo Mendes, BARBOSA, Heloisa Helena, BODIN, Maria Celina. *Código Civil interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução de Carlos Alberto Alvado de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2009.

TUCCI, José Roberto Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Sraiva, 1987.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TWINING, William. *Rethinking evidence. Exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VELLOSO, Adolfo Alvarado O garantismo processual”. In: DIDIER Jr, Fredie et al. (Coord.). *Ativismo processual e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

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

WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: [http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme\\_Walcher.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html). Acesso em: 08 jul. 2015.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis libreria, 1985. Título original: Freie Beweiswürdigung.

WHITE, Inés Lepori. La conducta de las partes y los medios de prueba. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); ACOSTA, Daniel Fenando (Coord). *Valoración judicial de la conducta procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

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

ZAGREVISKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho e justicia*. Madri: Trotta, 1995.

ZANNETTI, Hermes. *A Constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político do processo civil brasileiro do Estado democrático constitucional*. Tese de doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2005, p. 93. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1>. Acesso em: 15 fev. 2016.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale civile*: introduzione e parte generale. Milão Giuffrè, 1964.

ZEISS Walter. *El dolo procesal*. Tradução de Tomas A Banzahf. Buenos Aires: EJE, 1979. p.23.