

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO - FD
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

GABRIEL VICENTE MORENO

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA
PROVA**



São Paulo

2021

GABRIEL VICENTE MORENO

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA
PROVA**

Depósito final da Tese de Láurea apresentada
ao Departamento de Direito Processual da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo como requisito parcial para a conclusão
da Graduação em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcelo José
Magalhães Bonizzi.

SÃO PAULO

2021

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao Professor Doutor Marcelo José Magalhães Bonizzi pela orientação, bem como por todas as aulas ministradas durante a graduação. Aulas que foram ensinadas com tamanha dedicação e ao mesmo tempo singeleza, o que, para mim, constitui toda a grandiosidade a que pode conquistar o estudioso de processo civil.

Agradeço também à minha família por todas as paciências e oportunidades que me foram dadas, bem como todo o incondicional apoio que me faz superar mesmo os piores momentos.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é examinar a conformidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, nos casos concretos em que há hipossuficiência ou impossibilidade de produção de provas em uma das partes, à luz da contemporânea fase constitucionalista (neoconstitucionalismo) e da instrumentalidade do processo civil.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO	4
SUMÁRIO.....	5
INTRODUÇÃO.....	6
Considerações preliminares	6
Evolução até o Estado Democrático de Direito	7
DESENVOLVIMENTO.....	19
Teoria geral do processo.....	19
Neoprocessualismo	20
Instrumentalidade do processo	21
Fases do direito processual civil.....	22
Interpretação constitucional.....	24
Jurisdição	28
Processo	30
Princípios gerais de processo civil.....	32
Princípio da igualdade	33
Teoria geral da prova no processo civil.....	34
Jurisprudência.....	36
Julgado 1.....	36
Julgado 2.....	36
Julgado 3.....	36
Julgado 4.....	36
Julgado 5.....	37
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente trabalho tem como objetivo trazer uma síntese minimamente satisfatória, porém não exaustiva acerca da compreensão atual sobre as vulnerabilidades contidas no processo civil, tendo por base pesquisas jurídicas feitas na doutrina e na jurisprudência, principalmente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos Tribunais Superiores (STJ e STF), procurando enfatizar as questões sobre a vulnerabilidade no processo civil que tangenciam os princípios constitucionais sobre processo (principalmente o princípio da igualdade) e teoria geral da prova civil.

Sendo assim, a presente pesquisa possui como estrutura teórica as noções respectivas a Estado, igualdade, jurisdição, processo e prova.

Inicialmente, será realizado exame próprio sobre o Estado. É necessário compreender bem o Estado, pois entender sua forma de organização e Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), sua história, além de assimilar sua visão institucional e configuração jurídica atual (neoconstitucionalismo) são atividades fundamentais para interpretar a função jurisdicional e suas consequências hodiernas.

Posteriormente, deve entrar em foco a função jurisdicional, função esta exercida majoritariamente pelo Estado, que tem como principal objetivo proporcionar àquele que dela necessita (jurisdicionado) efetiva solução às controvérsias que se inserem em seu cotidiano através da prática dos atos da vida civil. Dessa forma, os conceitos próprios sobre a jurisdição (organização, atividade e função) serão compreendidos conforme a configuração constitucional estatal de que faz parte, isto é, dentro do presente Estado Democrático de Direito de nosso país.

Somente após esse estudo envolvendo a atual estrutura estatal, bem como concebendo o pensamento contemporâneo sobre a jurisdição civil, pode-se efetivamente compreender o processo civil brasileiro. Passando à pesquisa sobre este último, serão trazidas à tona as concepções históricas e jurídicas sobre processo, sendo englobado nos institutos fundamentais de direito processual (ação, defesa, processo e jurisdição), além de seu aspecto instrumental (a instrumentalidade do processo), enfatizando-se os princípios (constitucionais) processuais, principalmente o princípio da igualdade processual.

Portanto, depois de depreendidas as noções fundamentais sobre o Estado contemporâneo, jurisdição civil estatal e processo, lembrando que este deve ser compreendido imerso nesta estrutura constitucional estatal vigente, ocorrerá o estudo acerca da teoria geral da prova civil, procurando-se estabelecer ligação entre esta e as vulnerabilidades enfrentadas pelo jurisdicionado no processo civil.

Alguns julgados correlativos que tenham por base o princípio da igualdade processual (paridade de armas) e a prova no processo civil realizados pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo serão trazidos, concluindo-se sobre sua conformidade ou não à doutrina processualística brasileira, procurando depreender como a questão é tratada pela jurisprudência de nosso país.

EVOLUÇÃO ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na sociedade contemporânea, o Estado é comumente visto como uma estrutura complexa, hierárquica e bem definida, que possui suas funções, poderes e deveres, definindo o modo de ser da sociedade, isto é, a base fundamental para a organização do homem em comunidade.

“Estado” é palavra de origem latina (*status*) e significa “estar firme”. Sobre as concepções de Estado, traz Professora Nina Ranieri (2013, p. 12) que “a) o Estado é uma forma específica de sociedade política, organizada mediante regras e dotada de poder superior sobre os seus membros; b) o Estado é uma pessoa jurídica de direito público interno e internacional”.

De forma geral, três são as teorias acerca do aparecimento do Estado: a noção de que o Estado sempre existiu, pois sempre organizado socialmente o homem; a de que por certo período houve sociedade humana sem Estado; e a que necessita da presença de características bem definidas (DALLARI, 2011).

Já sobre o processo de formação originária dos Estados, preleciona o ilustre mestre que existem

a) Teorias que afirmam a formação natural ou espontânea do Estado, não havendo entre elas uma coincidência quanto à causa, mas tendo todas em comum a afirmação de que o Estado se formou naturalmente, não por um ato puramente voluntário. b) Teorias que sustentam a formação contratual dos Estados, apresentando em comum, apesar de também divergirem entre si quanto às causas, a crença em que foi a vontade de alguns homens, ou então de todos os homens, que levou à criação do Estado (DALLARI, 2011, p. 62).

Embora existam essas diferenças acerca da origem do Estado, fato é que é reconhecida de forma geral na doutrina a presença da figura do Estado desde a Idade Antiga até os dias atuais¹.

Durante a Idade Antiga (desenvolvimento da primeira forma de escrita a 476 d.C.), deu-se no Oriente a forte presença dos chamados Estados Teocráticos evidenciados nos povos alocados na região do Egito e da Mesopotâmia. Já no mundo ocidental, desenvolveram-se os povos contidos nas regiões da Grécia² e Roma. A cultura greco-romana foi base política, jurídica e filosófica para todo o Ocidente, refletindo na matriz romano-germânica contida no Direito brasileiro.

Com a queda do Império Romano do Ocidente causada pela invasão dos povos bárbaros e a consequente diáspora sucedeu a Idade Média (século V ao XV). Esta foi marcada pela miscigenação da cultura romana, germânica e o Cristianismo (poder espiritual através da forte influência da Igreja Católica).

É na Baixa Idade Média onde ocorreram as principais mudanças sentidas nas sociedades da Europa Continental dessa Era na História. Isso se deu, pois houve uma melhor organização das comunidades europeias através das relações de suserania e vassalagem que, por sua vez, proporcionou as consequentes monarquias absolutistas. A sociedade política que compunha esse período é chamada de Estado estamental³.

Porém, as deficiências trazidas da sociedade política medieval fizeram sobrevir a Idade Moderna (1453 d.C. – 1789 d.C.), definida pela formação dos Estados nacionais

¹ Conforme alguns autores da doutrina nacional: Nina Ranieri (*Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*), Dalmo de Abreu Dallari (*Elementos de teoria geral do Estado*), Eduardo C. B. Bittar (*Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*) e Alcimor Rocha Neto et al. (*Curso de teoria geral do Estado*).

² Sobre isso, Nina Ranieri (2013, p. 38): “No mundo grego, Estado e sociedade confundiam-se em um todo orgânico: o Estado é a comunidade dos cidadãos, na qual prepondera o fator religioso como amálgama social, sendo muito restrita a autonomia da vontade”. Alerta Carlos Ari Sundfeld (2017, p. 32) que: “É certo que, na Grécia, as ideias de liberdade e de igualdade ocupam espaço fundamental no pensamento político. Porém, são inconfundíveis as concepções grega e moderna de liberdade. A liberdade para os helênicos era, essencialmente, a oportunidade de participar dos negócios públicos, de cumprir uma função na cidade, de se submeter à lei (liberdade política), e a não sujeição corporal de um cidadão a outro (liberdade civil)”.

³ Nina Ranieri (2013, p. 40): “O Estado estamental ou da monarquia limitada apresenta-se como forma de organização política intermediária entre o Estado medieval e o Estado absolutista. Seus traços distintivos, notados já a partir do século XIII, em grande parte do território europeu, são: (a) ser mais institucionalizado que o Estado medieval; (b) ter referência territorial; (c) dispor de um sistema de governo dualista, fundado em dois centros de poder, distintos e mutuamente reconhecidos – o do monarca e o da comunidade política integrada por ‘estados’, ‘cortes’ ou ‘estamentos’”.

(Estados-Nação)⁴ e pela forte ligação entre os monarcas com a ascendente classe social burguesa⁵.

Fato é que os Estados Absolutistas modernos, a respeito do poder político e observância da ordem jurídica vigente à época, eram maculados pela prática de várias injustiças, desvarios, pois a concentração de poder nas mãos do soberano era tamanha, ocorrendo constante abuso de poder pelos atos dos governantes, sujeitando aos súditos (povo) uma situação de completa insegurança jurídica.

A principal corrente contratualista absolutista acerca da formação dos Estados na Idade Moderna é a de Thomas Hobbes. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2020, p. 60), para Hobbes

Os indivíduos, para fugir dos riscos e das angústias do estado de natureza, decidiram superá-lo. A sua doutrina se afasta do pensamento de Bodin neste passo e assume feição contratualista. Os indivíduos, para salvar as suas vidas e preservar os seus bens, teriam instituído um poder soberano comum, que lhes deveria proteger a existência e o desfrute da propriedade e a quem entregariam os seus amplos direitos, de que dispunham no estado de natureza.

Portanto, efetivamente, o que se verificou seja através da teoria de soberania através do poder divino, preconizada por Jean Bodin, seja pela noção contratualista trazida por Thomas Hobbes, foram os abusos de poderes político e econômico causados pelo Estado-Polícia⁶ que marcaram o referido período das monarquias absolutistas, propulsionando nas variadas sociedades políticas modernas o medo, insegurança, dúvida e inquietação.

Essas características são fundamentais para se entender as posteriores sublevações que ocorreram a fim de dar cabo ao inseguro tempo marcado por abusos do poder estatal, denominando o lapso das monarquias absolutistas como *Ancien Régime* (Antigo Regime),

⁴ A respeito do poder político nas monarquias absolutista Sundfeld (2017, p. 34) diz que: “O período se caracteriza pela formação do Estado, de um poder soberano dentro de certo território, sujeitando todos os demais. A ideia de soberania, formulada originalmente por Jean Bodin (*Les Six Livres de la République*, 1576), identificará a partir de então as normas ligadas ao exercício do poder político. De um lado, explicará a unificação do poder dentro de certo território, com a submissão de todas as pessoas à mesma ordem jurídica e o não reconhecimento de outras ordens – as vigentes em outros territórios – como não aplicáveis. É a origem do Estado Moderno. De outro lado, a mesma concepção de soberania servirá para a justificação do absolutismo”.

⁵ “No Estado absolutista, governar é um ofício que se exerce mediante a máxima concentração e centralização de poder no soberano” (RANIERI, 2013, p. 42).

⁶ Para mais, Carlos Ari Sundfeld (2017, p. 34) ressalta que: “O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. Daí referirem-se os autores, para identificar o Estado da época, ao *Estado-Polícia*, que impunha de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades dos particulares. Em consequência, inexistiam direitos individuais contra o Estado (o indivíduo não podia exigir do Estado o respeito às normas regulando o exercício do poder político), mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações (o indivíduo podia exigir do outro indivíduo a observância das normas reguladoras de suas relações recíprocas)”.

promovendo uma ideia de novos ares ao poder político estatal, basicamente estruturando-o na noção de que este deve ser limitado e suas funções bem definidas e organizadas.

Assim, toda essa conjuntura sociopolítica e econômica proporcionou o movimento conhecido cientificamente como Iluminismo, propulsionado pelos principais pensadores da época: John Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant, etc.

Somente a partir dessa época pode-se falar em Estado Constitucional, que a Professora Nina Ranieri (2013, p. 43) tem a destreza de denominá-lo como “aquele no qual o poder e o governo encontram-se regulados pelo Direito, com respeito à pessoa humana e seus direitos; sua pedra angular é a limitação do poder e a instauração e a manutenção da ordem, por meio de Constituições”.

Dentre os Estados nacionais europeus, a Inglaterra foi de certa forma historicamente precoce nesse tocante, pois se tem notícia de que no ano de 1215, foi assinada a Carta Magna⁷ (uma das formas que se costuma chamar as Constituições), onde o Rei João Sem-Terra assinou junto aos barões ingleses, o documento oficial limitando o poder soberano, impedindo-se o exercício absoluto do poder estatal.

Dessa forma, verifica-se nesse período histórico do Iluminismo, havendo esta corrente que teve consequências sociais, filosóficas e econômicas, o desenvolvimento de um movimento político próprio que culminou nas Revoluções Francesa e na Revolução Americana.

Relembra-se, aqui, no entanto, a memória trazida por Gilmar Ferreira Mendes⁸ que mesmo as doutrinas de Hobbes e John Locke, filósofo inglês, já estavam cientes das antecipadas atividades no Reino Unido, que resultaram tanto assinatura da Carta Magna, quanto, posteriormente, nos motins que propulsionaram as Revoluções Inglesas do século XVII (Puritana e Gloriosa) e no *Bill of Rights*.

O constitucionalismo moderno, característico do Estado Constitucional, onde o poder e o governo encontram-se limitados pelo próprio Direito, isto é, a ordem jurídica vigente à época, foi substrato necessário para a definição do que ficou conhecido como Estado Liberal de Direito. Comumente chamado de Estado Parlamentar, pois como a base dessa teoria estatal era a de que todos se sujeitavam ao Direito, aqueles que contribuíam para o desenvolvimento

⁷ Sobre o assunto (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2019): “O processo constitucional inglês, de caráter cumulativo e evolutivo, transmitido de geração para geração, principiou com o desenvolvimento das instituições feudais que, numa primeira fase, resultou no fortalecimento do poder político dos barões, mediante a imposição, ao Rei João Sem-Terra, da Magna Charta Libertatum, em 1215, documento que, todavia, veio posteriormente a influenciar a consolidação do Parlamento, ainda que controlado pelo rei” (p. 60).

⁸ Curso de direito constitucional, p. 60.

e promulgação de leis (o Parlamento), representando, dessa forma, teoricamente toda a vontade da sociedade, detinha o poder político.

Portanto, o poder constituinte, entendido aqui inicialmente como o poder de elaborar e também modificar as normas constitucionais, ou seja, a Constituição, e assim definir o modo de ser do Estado e da vida social, estava praticamente todo contido no Parlamento, falando-se mesmo em Supremacia do Parlamento, sendo este basicamente formado por indivíduos pertencentes à ascendente classe social burguesa, e que na prática de suas atividades parlamentares legislativas, apenas defendiam seus próprios interesses econômicos.

O Estado Liberal de Direito, sustentado nessa condição socioeconômica do liberalismo econômico, influenciado pela doutrina de John Locke, é bem elucidado por Ferreira Mendes (2020, p. 65) em

O exercício da vontade suprema do povo é, então, reconhecido aos seus representantes no Legislativo. Sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição. O Parlamento passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo, e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade, que não encontravam amparo adequado sob o regime monárquico absolutista.

Nos Estados Unidos da América, o constitucionalismo moderno se deu quando da Revolução Americana, resultado das consequências da Guerra de Secessão, fundamentado nos ideias liberais iluministas, estabelecendo a estrutura federalista norte-americana, conforme ressalta Luís Roberto Barroso (2020, p. 41):

Em 17 de setembro de 1787 o texto foi aprovado pela Convenção e estava pronto para ser submetido à ratificação dos Estados. A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: (a) independência das colônias; (b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of law*). Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos Estados – que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências – concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual.

A experiência constitucionalista moderna na França foi diferente da dos EUA. A doutrina francesa era muito arraigada pelo pensamento de Sieyès e Montesquieu. Com extrema clareza e objetividade, J. J. Gomes Canotilho explicita que

Os autores modernos salientam que, no fundo, a teoria do poder constituinte de Siey  s   , simultaneamente, desconstituinte e reconstituinte. O poder constituinte antes de ser constituinte    desconstituinte porque dirigido contra a “forma monárquica” ou “poder constituído contra a monarquia”. Uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma “reorganiza  o”, um dar “forma”, uma reconstru  o da ordem jurídico-política (CANOTILHO, 2000, p. 73).

De acordo estão SARLET, MARINONI, MITIDIERO (2019, p. 70) ao reconhecerem que

Contrariamente ao que sucedeu nos Estados Unidos, a Assembleia Nacional Constituinte na França significava uma ruptura com o passado, no sentido não apenas da funda  o de um Estado, mas de uma nova ordem estatal e social, afetando profundamente até o âmbito mais elementar da sociedade.

E no percurso histórico do constitucionalismo moderno,    outra expressão desse movimento próprio da teoria geral do Estado o *Rechtsstaat* alemão. O constitucionalismo moderno alemão teve corrente teórica distinta das experiências percebidas na França e nos EUA. A li  o de Alexandre de Moraes    clara sobre o Estado de Direito alemão

O *Rechtsstaat*, surgido no início do século XIX na Alemanha, pretendeu substituir a ideia de Estado de Polícia, onde tudo é regulamentado e controlado pelo Estado, pela ideia de Estado de Direito, no sentido de prote  o a ordem e segurança pública, porém com liberdade ao particular nos campos econ  micos e sociais, e, garantindo-se um amplo modelo protetivo de jurisdi  o ordinária (MORAES, 2020, p. 57).

Em síntese, neste trabalho, é compreendido o substrato teórico das ideias próprio do tempo da expressão constitucionalista moderna a conclusão trazida por Barroso (2020, p. 36), onde

Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolu  o Inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rousseau e as Revolu  es Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstra  o aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se.

O constitucionalismo moderno fez-se através da filosofia iluminista, fundada no pensamento liberal desenvolvido após ruir as monarquias e Estados Absolutistas do Antigo Regime, sendo propalado do Reino Unido, EUA, França e Alemanha para todo o mundo ocidental.

Porém, o Estado Liberal de Direito, próprio do constitucionalismo moderno, era estritamente organizado através de interesses econômicos originais da classe social burguesa, que, através de movimentações como a da centralização monárquica no Absolutismo, conseguiu expandir seu poder econômico para também o poder político, pois muitas vezes o Parlamento era sempre formado por integrantes da burguesia.

O que se percebeu de fato, no entanto, foi que não só o Direito (ordem jurídica), mas toda estrutura e modo de ser do Estado e todas as instituições sociais eram conformes às ideologias e formas de vida própria dos interesses particulares privados defendidos pela burguesia e Parlamento.

Portanto, a conjuntura desse cenário estrutural de matriz liberal, elevando ao extremo a preconização das liberdades individuais, autonomia da vontade e a propriedade privada, teve como consequência a manutenção do poder político e econômico da classe burguesa, legitimando situações de pura injustiça, o que se percebe com evidência no ambiente justrabalista, onde o empregado, necessitando de salário, se sujeitava (mediante sua liberdade de contratar) a situações de trabalho totalmente exploratórias e desgastantes.

As divergências regionais e históricas quanto ao substrato teórico formador da estrutura pública de cada Estado nacional permitiram especificidades, o que a doutrina reconhece como “tipos” de Estado Constitucional (Nina Ranieri).

Assim, ante as deficiências encontradas no finado Estado Liberal de Direito, adveio o Estado Social de Direito e posteriormente a figura atual conhecida como Estado Democrático de Direito. Os acontecimentos do século XX foram marcantes para essa mudança. A ascensão da ideologia conservadora, dos Estados totalitários e as Duas Grandes Guerras foram essenciais para trazer a lume novos ares para o Direito Constitucional, o constitucionalismo, as teorias de Estado, ou seja, buscando atingir, em última análise, o modo de ser das sociedades políticas pós-metade do século XX e início do século XXI.

Uma das consequências dessas transformações sociais, econômicas e jurídicas ocorridas foram a definição das chamadas gerações de direitos fundamentais e suas respectivas adoção nas Cartas Magnas dos mais variados Estados Democráticos de Direito.

Conforme elucida de forma completa Ferreira Mendes (2020, p. 178) acerca das gerações de direitos fundamentais:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia

pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes. O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Nessa toada de inúmeras mudanças marcadas também pela globalização e constante desenvolvimento de novas tecnologias, o constitucionalismo moderno precisou se adequar às condições contemporâneas, abordando o princípio democrático não só de maneira formal, mas sim de material, não se destinando as Constituições a serem apenas documentos que contenham diretrizes e normas programáticas, mas que sejam adequadas e possam de fato cumprir com seus deveres e objetivos.

Dessa forma, principalmente no século XXI, tem-se desenvolvido uma vertente denominada de neoconstitucionalismo.

Estabelecendo o contraste entre constitucionalismo moderno e neoconstitucionalismo, conclui Barroso (2020, p. 57-58)

A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. Este sentido mais fraco do conceito corresponde, segundo a doutrina, à noção alemã de Rechtsstaat, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade. Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão de rule of law e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea de Estado de direito, État de droit, Stato di diritto, Estado de derecho. Já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas – como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção –, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. A democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais –, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade. O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.

Em igual sentido, complementa Gilmar Ferreira Mendes, alertando ao valor normativo das Constituições dos Estados Democráticos de Direito

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de

constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo. O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico. Busca-se neutralizar a objeção democrática ao Estado constitucional com a observação de que a “rematerialização constitucional empresta dimensão substancial para a democracia”. De toda forma, caberia ao legislador ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar essas normas incorporadoras de valores morais e políticos. Ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador (MENDES, 2020, 76-77).

Nesse sentido, a configuração brasileira atual de Estado de Direito (Estado Democrático de Direito), contempla as características socioeconômicas contemporâneas, dando efetivo valor ao princípio democrático nas Leis Fundamentais dos países, fato rememorado pela ilustre Nina Ranieri (2013, p. 317)

O Estado Democrático de Direito é a modalidade do Estado constitucional e internacional de direito que, com o objetivo de promover e assegurar a mais ampla proteção dos direitos fundamentais, tem na dignidade humana o seu elemento nuclear e na soberania popular, na democracia e na justiça social os seus fundamentos. Nessa definição, a democracia acentua, por sua própria dinâmica (o exercício da soberania popular), a atualização do Estado. O Direito, de outra parte, representa o seu elemento conservador, de tal forma que os fins e objetivos estatais, assim como a sua forma de realização, são determinados pela via do livre processo político, sob a ordem jurídica.

No entanto, o Estado Democrático de Direito do século XXI apresentou crises⁹, como, por exemplo, os problemas da supremacia da vontade do povo¹⁰, eliminação da rigidez formal¹¹ e mais principalmente o dilema entre a supremacia da igualdade e da liberdade. Para o presente trabalho, este último problema assume relevância especial, pois se trata, em síntese, de examinar jurisprudência sobre a aplicabilidade do princípio da igualdade nos principais Tribunais brasileiros.

Sobre a questão da igualdade basilar são as concepções trazidas por Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 304-305) para quem

Também a igualdade já se pôs como um valor fundamental da pessoa humana, ligado à igualdade substancial de todos os homens. Em relação à igualdade é preciso, também, uma reformulação da própria concepção. Realmente, o individualismo exacerbado afirmou a liberdade como um valor, mas limitou-se a considerá-la um direito, sem se preocupar em convertê-la numa possibilidade. Em consequência, também a igualdade foi apenas formal, pois os desníveis sociais profundos, mantidos em nome da liberdade, e a impossibilidade prática de acesso aos bens produzidos pela sociedade tornavam impossível, para muitos, o próprio exercício dos direitos formalmente assegurados. A reação a essa desigualdade foi também desastrosa, pois partiu de uma concepção mecânica e estratificada da igualdade, impondo, praticamente, o cerceamento da liberdade para que fosse mantida. A concepção da igualdade como igualdade de possibilidades corrige essas distorções, pois admite a existência de relativas desigualdades, decorrentes da diferença do mérito individual, aferindo-se este através da contribuição de cada um à sociedade. O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica, até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos. A igualdade de possibilidades não se baseia, portanto, num critério artificial, admitindo realisticamente que há desigualdade entre os seres humanos, mas exigindo que as desigualdades sociais e de direitos não decorram de fatores artificialmente criados ou de concepções egoístas e discriminatórias. Um dado muito positivo das inovações marcantes na passagem do século XX para o XXI é o avanço no sentido da universalização dos Direitos Humanos, dando efetividade à afirmação de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Assim sendo, compreender a atual configuração do Estado Democrático de Direito e seus respectivos problemas é essencial para assimilarmos o processo civil nesse tocante, pois processo é direito público.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado, 2011, p. 302.

¹⁰ *Ibidem*, p. 299.

¹¹ *Ibidem*, p. 302.

Bem rememora Sundfeld¹² citando Bobbio, asseverando que

[...] o processo é o modo normal de agir do Estado Democrático de Direito, como expõe Bobbio: “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo, p. 18)

Os atos emanados pelo Estado, aqui compreendido como o próprio Poder Público (poder político), são, assim como os atos dos particulares, regulados pelo Direito, respeitando as regras estabelecidas pelo processo.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 2017, p 91-92.

DESENVOLVIMENTO

TEORIA GERAL DO PROCESSO

A atual doutrina processualística brasileira costuma perceber o fenômeno processual, além de seus institutos fundamentais através da teoria geral do processo.

Conforme explicita DINAMARCO (2020, p.27)

Teoria geral do processo é um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. É também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios, conceitos e estruturas desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um.

A teoria geral do processo não se limita ao fenômeno processual, “trata-se de um excerto da Teoria Geral do Direito”¹³. Sobre a utilidade da teoria geral do processo atenta o professor DINAMARCO que

O melhor banco de prova de cada uma das formulações avançadas no plano da teoria geral é mesmo a experiência profissional com o processo e observação dos resultados a que conduz; mesmo em sede teórica, todavia, é válida e possível a antecipação dos resultados práticos, mediante prognósticos alcançados através do raciocínio dedutivo. Para ser segura e permanentemente fiel à indispensável postura teleológica que deve nortear o jurista, a teoria geral do processo há de coordenar generalizações indutivas com particularizações dedutivas. (DINAMARCO, 2013, p. 70)

Portanto, o presente trabalho buscará sempre atuar em conformidade à teoria geral do processo e aos institutos fundamentais de direito processual civil, procurando também compreendê-los a partir da interpretação dos princípios constitucionais de processo e da jurisprudência trazida.

Assim sendo, um aspecto fundamental para a pesquisa é também compreender a constitucionalização do direito, principalmente a constitucionalização do direito processual civil.

¹³ DIDIER JR., Fredie. Teoria geral do processo, essa desconhecida. 2016, p. 74.

NEOPROCESSUALISMO

As fases pelas quais passou a teoria geral do Estado até chegar à atual configuração do Estado Democrático de Direito teve suas influências no mundo jurídico, atingindo o direito processual civil também.

A mudança considerada previamente de neoconstitucionalismo teve sua repercussão para o processo civil, chamando alguns autores desta fase de neoprocessualismo¹⁴. Sobre a função do chamado neoprocessualismo explica Didier Jr. que

O termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo “neo” (DIDER JR., Fredie, 2017, p. 53)

O termo neoprocessualismo não é único e de certa forma é vago, como bem relembra Fredie Didier Jr.¹⁵, mas lúcida é a síntese de MARINONI, ARENHART E MITIDIERO para estabelecer as premissas desse atual cenário processual-constitucional

É também a partir da segunda metade dos Novecentos que o processo civil passa a ser pensado não apenas no patamar da legislação infraconstitucional, mas também na dimensão das constituições nacionais e dos tratados internacionais dedicados à proteção dos direitos humanos. Com isso, os direitos e deveres básicos que compõem o processo civil adquirem uma dimensão constitucional e convencional. Trata-se de uma clara resposta social ao aviltamento da pessoa humana e de seus direitos em face dos horrores vivenciados por força da Segunda Guerra Mundial. As Constituições do pós-guerra começam a prever ou a intensificar a previsão de direitos processuais (como o direito ao processo justo, o direito de ação, o direito ao contraditório, o dever de fundamentação e por aí fora) a fim de que esses escapem do alvedrio das maiorias legislativas de ocasião. Esses mesmos direitos são igualmente consagrados nos tratados e convenções internacionais, criando um ambiente favorável à difusão de uma cultura de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no campo do processo civil. Cuida-se de um período em que a doutrina começa a envidar esforços para realizar suas construções dogmáticas a partir dos direitos e dos deveres processuais previstos na Constituição e nos tratados internacionais. Em outras palavras, o processo civil incorpora não só uma abertura para o direito material e para a realidade social, mas também se insere no quadro mais amplo das relações de poder entre a pessoa humana, a sociedade civil e o Estado. O reconhecimento da sua estatura constitucional e convencional

¹⁴ DIDER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 2017, p. 50.

¹⁵ Ressalta o professor Didier Jr. que a fase correspondente ao termo “neoprocessualismo” é também conhecida por formalismo-valorativo, neoconcretismo, pós-positivismo, positivismo crítico, etc.

importa em inequívoca sinalização da prioridade dos direitos e deveres fundamentais processuais na construção do processo civil. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2020, p. 48)

INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A presente fase processual em que estamos coloca em foco a inter-relação entre o direito processual e a Constituição brasileira. Em “A instrumentalidade do processo”, o Professor Dinamarco estabelece o que seja o chamado direito processual constitucional (2013, p. 25-26)

Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou direito processual constitucional e que consiste na “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”. A ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça. O conceito e significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade).

Percebe-se, dessa forma, que o direito processual (sistema processual) deve sempre buscar de forma sistemática atuar em conformidade com os valores constitucionais preservados pela corrente sociedade contemporânea, sendo pautado pelos critérios próprios da instrumentalidade de que é dotado o processo.

A visão sistemática e metodológica inter-relação entre processo e ordem constitucional preconizada por DINAMARCO (2013, p. 26-27) possui dois sentidos: “no sentido Constituição-processo, tem-se a tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados no plano constitucional; no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos [...]”.

Assim, o presente trabalho lidará apenas enfatizando o sentido Constituição-processo, isto é, investigando no próprio Texto Maior os preceitos e bases valorativas para a interpretação dos princípios que devem reger o sistema de direito processual brasileiro.

Mas não somente isso, essa constante pesquisa e interpretação constitucional do sistema processual devem ser pautadas sempre tendo em vista a vigente fase instrumentalista pela qual passa o direito processual civil.

FASES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Para chegar ao momento contemporâneo, o processo passou por várias etapas. Conhecer esse percurso histórico é aqui também importante para melhor assimilar o cenário metodológico contemporâneo do direito processual civil.

Os estudiosos relatam a presença do fenômeno processual desde a Grécia Antiga, perpassando por Roma¹⁶, a Idade Medieval, Idade Moderna, para somente então resultar no processual civil contemporâneo.

Mas, em síntese, esse percurso histórico pode ser compreendido através de três grandes fases, estas que o Professor Dinamarco convém chamar de “sincretismo, autonomia e instrumentalidade” (2013, p. 17).

De maneira similar, o Professor Fredie Didier Jr. bem exprime essas três fases

A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: (a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos sem preocupações científicas; (b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; (c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido [...]. Na fase instrumentalista, o processo passa a ser objeto de estudo de outras ciências jurídicas, como a sociologia do processo – que se concentrou nos estudos sobre o acesso à justiça. Além disso, há grande preocupação com a efetividade do processo, tema que não existia até então, e a tutela de novos direitos, como os coletivos (DIDIER, JR. Fredie, 2017, p. 52).

Sobre a instrumentalidade do processo, essenciais são os ensinamentos do Professor Cândido Rangel Dinamarco, principal precursor do período instrumentalista do processo aqui no Brasil

¹⁶ Para ver sobre, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol I, 2019, p. 57; além de SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 1985, p. 38-44.

Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. [...] É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade no processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

A visão instrumental que está no espírito do processualista moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do constituinte e do legislador brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva). É indispensável que também o intérprete fique imbuído desse novo método de pensamento e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem.

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 2013, p. 24-25).

Além disso, preciosa e muito instrutiva é a lição do Professor Kazuo Watanabe, descrevendo a necessidade do processualista contemporâneo de se atentar à efetividade da tutela jurisdicional proposta pelo instrumentalismo do processo

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sociojurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial

em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, 2012, p. 20).

Em vista disso, o estudioso contemporâneo de direito processual civil deve ater-se a buscar constantemente essas concepções vigentes sobre a metodologia e sistemática processuais. Ou seja, sempre será interpretada de maneira concomitante a visão instrumentalista do direito processual civil e a inter-relação entre processo e a ordem constitucional.

A atual fase instrumentalista pelo qual passa o direito processual bebe da fonte do desenvolvimento das correntes de acesso à justiça preconizadas pela doutrina internacional pós-metade do século XX. Essa doutrina internacional que buscou renovar as instituições de acesso à justiça tem como principal estudioso Mauro Cappelletti, que denominou as chamadas ondas de acesso à justiça.

Na expressão de DINAMARCO (2017, p. 92-94), essas ondas de acesso à justiça podem ser compreendidas como

No direito positivo brasileiro a primeira das ondas renovatórias manifesta-se com mais intensidade na legislação extravagante responsável pela abertura de caminhos processuais à população de menor poder aquisitivo (juizados especiais) mas também o novo Código de Processo Civil cuidou, ainda que timidamente, de agilizar mecanismos destinados a ampliar e facilitar a fruição dos benefícios da assistência judiciária (art. 98, §§1º, incs. V, VI e VII, e 6º). [...] Também da legislação extravagante ao Código vem o alinhamento do direito positivo brasileiro à segunda das ondas de Mauro Cappelletti, a onda de coletivização da tutela jurisdicional mediante a tutela referente aos direitos transindividuais. [...] Das três ondas foi a terceira que mereceu maiores atenções do novo Código de Processo Civil, a saber, a onda do aprimoramento interno do processo civil com vista à consecução do trinômio efetividade-adequação-tempestividade, que compõe o núcleo substancial da garantia constitucional da tutela jurisdicional, ou de acesso à justiça (Kazuo Watanabe – Const. art. 5º, inc. XXXV) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, 2017, p. 92-94).

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Nessa toada, a inter-relação entre direito processual e a Constituição da República Federativa do Brasil é observada mesmo no Código de Processo Civil de 2016, em seu art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas

fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Assim, mesmo preceituam DINAMARCO, CARRILHO LOPES E BADARÓ que

Todo direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, o qual enuncia taxativamente os órgãos estatais responsáveis pelo exercício da jurisdição, traça a estrutura desses órgãos, garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo e estabelece alguns princípios processuais de imensa relevância no sistema processual (Teoria geral do processo, 2020, p. 127).

Outra principal decorrência da relação processo e ordem constitucional é para com o respeito, observância e respectiva tutela dos direitos fundamentais resguardados no Texto Maior, conforme rememora Cassio Scarpinella Bueno (2020, p. 103)

Outro desdobramento que também diz respeito à assunção de o direito processual civil precisar ser estudado a partir da ótica constitucional relaciona-se com a temática dos direitos fundamentais. Se a ênfase do constitucionalismo atual é justamente o asseguramento dos direitos fundamentais (na Constituição brasileira, vale o destaque uma vez mais dos arts. 1º, III, e 3º), o direito processual civil como um todo e, em particular, o próprio processo, como mecanismo de atuação do próprio Estado, não podem ficar aquém daquele desiderato constitucional. É afirmar de forma bem direta: o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional.

É nesse sentido e entendimento que boa parte dos doutrinadores reconhece ser a Constituição uma das, porém a principal fonte de direito processual. O Direito Constitucional, interpretando a Constituição, configura-se como a base principal para todas as demais ciências jurídicas.

Gilmar Ferreira Mendes (2020, p. 56) diz que

O Direito Constitucional é o ramo do estudo jurídico dedicado à estrutura básica do ordenamento normativo. Nele se examinam as regras matrizes de todo o direito positivo. Nessa disciplina, até porisso, encadeiam -se princípios – as causas primeiras – do Direito Administrativo, Tributário, Processual, Penal e Privado.

Luís Roberto Barroso (2020, p. 64) assegura que “

O direito constitucional positivo é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor que têm o status de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema. A conquista de normatividade foi capítulo decisivo na ascensão científica e institucional do direito constitucional.

Portanto, ao reconhecer a força normativa do Texto Constitucional, bem como compreender ser o Direito Constitucional, isto é, a forma de ser Estado e, conseqüentemente, a forma de ser da sociedade política brasileira, base de todo o sistema jurídico nacional, é necessário assimilar a interpretação da Constituição, pois somente assim serão preservados todos os institutos fundamentais de direito processual civil, a atividade da jurisdição, a ordem jurídica e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme preleciona Alexandre de Moraes (2020, p. 77-78)

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem. Como ensina Juan Bautista Alberdi o preâmbulo deve sintetizar sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo. O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.

Dessa forma, proponho uma breve leitura do preâmbulo da Constituição de República Federativa do Brasil:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
(Constituição da República Federativa do Brasil).

O principal elemento contido no preâmbulo, documento que predispõe o Texto Constitucional, é o respeito ao princípio democrático pelo qual é fundamentado o Estado

Democrático de Direito brasileiro, e consequentemente o sistema de direito processual nacional.

Sobre o princípio democrático, Alexandre de Moraes (2020, p. 82), citando o entendimento de Canotilho e Moreira, aduz que

“A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema económico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, económica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida económica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.).”¹⁷

Dessa forma, percebe-se que o princípio democrático influencia no próprio modo de ser estatal, atuando, em última análise, na vida política dos cidadãos, bem como nos órgãos judiciais, que também exercem papel político, conforme lembra DINAMARCO (escopos do processo civil).

Assim sendo, compreendendo até então a configuração atual de nosso Estado Democrático de Direito, assimilando as noções próprias da teoria geral do processo civil, além das fundamentais relações do direito processual com a ordem constitucional, a instrumentalidade do processo civil buscando proporcionar efetividade à tutela jurisdicional e a interpretação constitucional, resta somente situar as noções próprias do que é considerado atualmente, dentro dessa conformidade constitucional a que se insere toda a ciência do direito processual civil, o que seja processo, jurisdição, bem como os princípios basilares ao sistema processual brasileiro.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41.

JURISDIÇÃO

A jurisdição é um dos institutos fundamentais (categorias processuais) de direito processual civil¹⁸. Conforme ressalta a Professora Fernanda TARTUCE (2018, p. 64), “não cumprido espontaneamente o preceito legal, diante da proibição de autotutela, o Estado deve proporcionar instâncias aptas a promover a entrega do bem da vida ao seu legítimo titular”.

Assim, doutrinariamente a jurisdição sempre foi vista como uma forma de heterocomposição, isto é, “o meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores”¹⁹.

Com toda a objetividade, o Professor DINAMARCO (2017, p. 439) define ser a jurisdição “o poder que o juiz ou o árbitro exerce para a pacificação de pessoas ou grupos e eliminação de conflitos”. Percebe-se, aqui, portanto, que também é assentida natureza jurisdicional à atividade exercida através da arbitragem.

Dentre outras concepções de “jurisdição”, acredito que devam ser lembradas a do saudoso Professor José Manoel de Arruda Alvim, para quem a jurisdição é destinada a “solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide”²⁰, e a do saudoso Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva (2008, p. 40), rememorando que as características essenciais da jurisdição devem ser

Capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: (a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; (b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela por meio de sua atividade.

Conclui sobre os aspectos da jurisdição o Professor DINAMARCO (2017, p. 440-441) ao dizer que

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. 1, 2017, p. 439.

¹⁹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis, 2018, p. 60.

²⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil, 11 ed, v. 1, p. 177.

À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual – assim como a legislação é o poder estatal quando exercido para criar normas, e a administração para governar. Como função a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios (supra, nn. 58 ss.). A atividade jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento. Também a jurisdição arbitra apresenta-se como um poder, uma função e uma atividade, sendo que o poder do árbitro exaure-se no exercício da jurisdição em processos de conhecimento, jamais se projetando sobre a execução. O exercício da função jurisdicional é distribuído entre os inúmeros juízes existentes no país, mediante as técnicas e critérios inerentes à competência. Todos os órgãos jurisdicionais são dotados de jurisdição e esta não se divide nem se reparte – o que se reparte são as atividades jurisdicionais atribuídas a cada um deles e a serem exercidas pelo juiz que, segundo a Constituição e a lei, for definido como competente (infra, nn. 213 ss.). Daí conceituar-se a competência como quantidade de jurisdição entregue ao exercício de cada juiz ou tribunal (Liebman). Ela é também conceituada, tradicionalmente, como medida da jurisdição.

Portanto, percebe-se que esta atividade jurisdicional, pela qual se vinculam tradicionalmente às partes e o juiz, é exercida sempre em conformidade e observância aos preceitos do processo. Além disso, visando proporcionar efetividade a esta atividade jurisdicional, é essencial a concepção trazida pelo Professor Flávio Luiz Yarshell, sobre a tutela jurisdicional compreendida sob o ângulo de seu resultado

A locução “tutela jurisdicional” pode ser relacionada com o resultado da atividade jurisdicional, isto é, com o provimento jurisdicional para o qual se aparelham determinados meios. Esse é, aliás, o sentido em que a expressão é mais comumente empregada, prestando-se a traduzir, de ordinário, o resultado do processo em prol do vencedor. É nesse sentido que a expressão “tutela jurisdicional” viu-se “recuperada” nos estudos do direito processual e tem merecido especial ênfase na doutrina recente: tanto sob o ângulo de visão do Estado, quanto do ponto de vista do “consumidor” da Justiça, o processo tem sua efetividade medida pelos resultados substanciais que é apto a proporcionar.

Portanto, doravante (nos tópicos seguintes), quando se falar em “tutela jurisdicional”, estar-se-á pensando nesse resultado, isto é, no provimento jurisdicional e em seus respectivos efeitos – processuais e substanciais (YARSHELL, 1999, p. 137).

PROCESSO

Processo tem origem latina (*pro cedere*), significando caminhada, marcha avante.²¹ Dessa maneira, o processo comumente sempre foi compreendido como a sucessão contínua dos atos processuais, que seria o procedimento²².

De forma sintética, conforme o ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier (2008, p. 180)

Processo é conceito de cunho finalístico, teleológico, que se consubstancia numa relação jurídica de direito público, traduzida num método de que se servem as partes para buscar a solução do direito para os conflitos de interesses (especificamente, para aquela parcela do conflito levada a juízo, ou seja, para a lide).

O alcance dessa finalidade (buscar a solução do direito) se dá pela aplicação da lei ao caso concreto, e isso ocorre no processo, que é o instrumento através do qual a jurisdição atua.

A lição preciosa do Professor DINAMARCO bem relembra que a concepção de processo doutrinariamente possui três acepções²³

Visto pelo aspecto institucional, processo é um sistema de técnicas instaladas no plano do direito, coordenadas por uma ciência específica e destinadas a pacificar pessoas ou grupos de pessoas envolvidos em conflitos jurídicos (conflitos que comportam solução segundo regras do direito). Nessa primeira acepção o vocábulo processo designa o próprio ramo do direito, que é o direito processual. O direito processual civil – ou, simplesmente, processo civil – consiste no sistema de princípios e normas processuais enquanto aplicado à solução de conflitos em matéria não penal. [...] Em seu segundo significado e em face da dogmática jurídica, processo é um método de trabalho referente ao exercício da jurisdição pelo juiz e dos poderes inerentes à ação e à defesa pelos sujeitos envolvidos no conflito. Esse método é definido pelos princípios e pelo direito positivos (ou seja, pelo direito processual civil), dos quais resulta um modelo imposto aos litigantes – de modo que em cada caso concreto de conflito as diretrizes exigidas pela Constituição e definidas pela lei devem necessariamente estar presentes e observadas. [...] Em sua terceira acepção o vocábulo processo designa a realidade fenomenológica da experiência dos juízes ou árbitros e das partes em relação a cada um dos incontáveis conflitos entre pessoas ou grupos, concretamente trazidos ao Estado-juiz em busca de tutela jurisdicional (DINAMARCO, 2017, p. 23-24).

Diferenciando processo de procedimento, alega o autor retrocitado que

²¹ DINAMARCO; CARRILHO LOPES; BADARÓ. Teoria geral do processo, 2020, p. 339.

²² WAMBIER; TALAMINI; ALMEIDA. Curso avançado de direito processual civil, 2008, p. 180.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. 2, 2017, p. 23.

O procedimento é o elemento visível do processo. Nele reside a caminhada avante que caracteriza o próprio processo (pro-cedere é caminhar adiante). As normas que o regem estabelecem quais atos devem ser realizados para que o processo seja apto a produzir o resultado desejado, descrevem a forma de que cada um deles deve revestir-se, estabelecem a ordem sequencial de sua realização e instituem procedimentos diferenciados segundo certos critérios destinados à tutela jurisdicional nas situações que descrevem (infra, n. 173) (DINAMARCO, v.2, 207, p. 26)

Fundamental para compreender a visão metodológica e sistemática do direito processual é entender a evolução teórico-dogmática pela qual este tem passado nessa última fase de evolução teórico-científica processual.

A doutrina costuma elencar essas passagens de visão dogmática sobre o processo também em três fases²⁴: processo como relação jurídica (Oskar von Bülow); processo como situação jurídica (James Goldschmidt) e processo enquanto procedimento em contraditório (Elio Fazzallari).

Atualmente, vigora na processualística brasileira o entendimento de que processo é compreendido como procedimento em contraditório. Assim se encontra em conformidade o artigo 6º do CPC-15.

Salienta a Professora Fernanda TARTUCE (2011, p. 99-100) que

Para seu cultor Elio Fazzallari, procedimento é a sequência de atividades praticadas segundo a estrutura técnico-jurídica do processo em certo espaço de tempo, sendo o ato inicial pressuposto do conseqüente e este uma extensão do antecedente – assim se verificando sucessivamente até o último provimento.

Conclui o autor ser a natureza jurídica do processo identificável com a de um processo com procedimento em contraditório.

Com esse olhar, pode-se inferir não ser a decisão do juiz um ato isolado, superior ou magnânimo, mas sim a expressão jurídica, racionalizada e conclusiva dos atos realizados do procedimento em contraditório entre as partes. [...]

A legitimidade do processo e do procedimento, sem dúvida constitui essencial elemento à prestação da tutela jurisdicional, sendo a visão do processo de Elio Fazzallari, em razão da íntima conexão entre contraditório e igualdade, a que mais se coaduna com a proposta de assegurar a isonomia.

²⁴ Assim preceitua DINAMARCO, Cândido Rangel; Instituições de direito processual civil, v. 2, 2017, p. 25-30; LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal, 2020, p. 47-53; e TARTUCE, Fernanda; Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil, 2011, p. 94-99.

Dessa forma, percebe-se que o processo como procedimento em contraditório, ao permitir maior segurança à legitimidade e isonomia processuais, é mais apropriado para atuar em observância aos princípios gerais de direito processual civil.

PRINCÍPIOS GERAIS DE PROCESSO CIVIL

Preceituam de forma objetiva e clara DINAMARCO, CARRILHO LOPES E BADARÓ (2020, p. 79) ao dizer que

Princípios são certas ideias básicas, ou fundamentais, sobre as quais se apoiam todas as ciências. São como os alicerces de uma construção, que se situam fora da edificação, mas sem cujo apoio esta não se sustenta. Nenhuma ciência será suficientemente sólida nem serão coerentes entre si os conceitos e soluções propostas, se não for construída, desenvolvida e praticada em consonância com essas ideias os princípios. [...] Os princípios do direito e da ciência do processo são principalmente aqueles estabelecidos na Constituição Federal, como o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o do contraditório, o do devido processo legal, o da proporcionalidade, o da igualdade das partes, o do juiz natural, o da publicidade dos atos processuais, o do duplo grau de jurisdição etc.

Esses princípios possuem aplicação geral²⁵, isto é, por se enquadrarem no Texto Constitucional, são interpretados constitucionalmente, conforme elucida o Professor Scarpinella Bueno (2020, p. 135)

Os princípios constitucionais do direito processual civil – que moldam o “modo de dever-ser” do processo –, explicitados fundamentalmente, mas não exclusivamente, no art. 5º da Constituição Federal, prescindem de lei para “existirem juridicamente”. É que o referido dispositivo deve ser interpretado e aplicado rente ao que dispõem seus dois primeiros parágrafos. De acordo com eles, todos os direitos e garantias nele previstos não exigem nenhuma regra que os implemente concretamente. São, para empregar nomenclatura consagrada na doutrina tradicional, “normas de eficácia plena”. São [...] verdadeiros “direitos fundamentais” ou, quando menos, normas veiculadoras de direitos fundamentais e, por isso, todos os avanços que os teóricos dos direitos fundamentais alcançam em seus estudos devem ser utilizados pelo estudioso do direito processual civil.

²⁵ DINAMARCO; CARRILHO LOPES E BADARÓ. Teoria geral do processo, 2020, p. 80.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é decorrência própria expressa do Texto Constitucional, no artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”²⁶.

O princípio da igualdade é reconhecido também na legislação infraconstitucional, isto é, no artigo 7º do CPC-15: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Fundamental é a lembrança de MARINONI; ARENHART E MITIDIERO (2020, p. 602) para quem “o direito à igualdade perante o Estado Constitucional é pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado. Estado Constitucional é Estado em que há juridicidade e segurança jurídica”.

Os autores DINAMARCO; CARRILHO LOPES E BADARÓ, no entanto, vão mais além, explicitando efetivamente as nuances do princípio da igualdade na vida processual, alertando sobre a igualdade substancial

As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. [...] Em razão de sua convivência com outros princípios de igual magnitude no sistema e com certas realidades concretas, a igualdade jurídica não é, todavia, uma garantia de caráter absoluto. Há situações em que o menor poder de um dos litigantes para litigar eficientemente em juízo impõe a relativização dessa garantia constitucional, para que do trato desigual praticado em alguns atos brotem situações substancialmente isonômicas para ambas as partes. Tais situações são na maioria dos casos decorrência de suas limitações econômico-financeiras ou de ordem cultural, ou educacional. Esses são óbices ilegítimos à consecução do acesso à justiça, que clamam por eliminação por meio de medidas compensatórias, com um relativo abrandamento da imposição dessa garantia. [...] Outra aplicação dessa ideia reside na iniciativa de prova pelo juiz de ofício, quando percebe que a parte interessada não reúne condições de fazê-lo ou quando houver negligência do defensor de uma parte hipossuficiente (DINAMARCO; CARRILHO LOPES; BADARÓ, 2020, p. 85-86).

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.

TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Através da lição esclarecida de DINAMARCO; CARRILHO LOPES E BADARÓ (2020, p. 426)

Toda demanda prende-se a algum fato, os fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*). Ao deduzir sua pretensão em juízo, o autor da demanda tem o ônus de afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não verdadeiras.

Nesse sentido, certificar a veracidade das afirmações de fato que foram alegados previamente no processo (fase de conhecimento), constitui a ação de provar, onde prova configura essa demonstração da veracidade das afirmações de fato²⁷.

Sobre as características da prova civil não devemos fazer confusão entre fonte, objeto e meios de prova. Assim, didático é o ensinamento trazido pelo Professor Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 1243)

Há quem faça distinção entre fontes, objeto e meio de prova. O objeto, para a doutrina dominante, são, realmente, os fatos relevantes para o julgamento da causa, ou seja, os acontecimentos cuja existência pretérita, presente ou futura, possa se prestar à revelação histórica do conflito a ser solucionado. Fonte é aquilo que se utiliza para comprovar o fato inspecionado (como o relato in concreto de uma testemunha, o efetivo conteúdo de um documento, o teor de uma confissão ou a informação técnica prestada pelo perito). Meio, por fim, seriam os modos admitidos em lei genericamente para a realização da prova (como, v.g., o testemunho, o documento, a confissão, a perícia, a inspeção judicial, o indício). É, em relação aos meios de prova, que se costuma falar que o processo judicial se serve da prova documental, da prova testemunhal, da prova pericial etc.

Uma das principais características acerca da teoria do direito probatório reside na distribuição dinâmica do ônus da prova. O ônus probatório constitui ônus processual. Este último, na lição do Professor BONIZZI, pode ser considerado como

Ao contrário do que ocorre no âmbito do direito material, em que há direitos e deveres entre duas ou mais pessoas, no direito processual, a par da

²⁷ DINAMARCO; CARRILHO LOPES; BADARÓ. Teoria geral do processo, 2020, p. 427.

existência de alguns direitos e deveres, como o direito de ação e os deveres de conduta no processo, costuma-se falar em “ônus”, cujo descumprimento não é nenhum ato ilícito e não gera, portanto, nenhuma sanção. O ônus é, na feliz expressão da doutrina alemã, um “imperativo do próprio interesse”, ou seja, uma “carga processual”, intimamente relacionada com as “possibilidades” que as partes possuem no processo. A perda de uma possibilidade (carga ou ônus) só atinge, portanto, seu próprio detentor, que, futuramente, não poderá reclamar dos resultados do processo se deixou passar as oportunidades que lhe foram dadas (BONIZZII, 2017, p. 24).

A respeito da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova assevera com precisão DINAMARCO (2020, p. 436)

O Código dispõe também que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, nessas situações “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (art. 373, §1º). As peculiaridades da causa ali referidas serão apreciadas pelo juiz em cada caso segundo sua sensibilidade às realidades do litígio. Serão fatores subjetivos, como a própria hipossuficiência econômico-financeira de uma das partes, seu despreparo ou inexperiência etc., ou fatores objetivos relacionados com a própria causa, dificuldades para a obtenção de certos documentos etc. Também essas alterações das regras legais sobre a distribuição do ônus da prova não podem “gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil” (prova diabólica).

Portanto, percebe-se que através desta categoria processual de redistribuição do ônus da prova é buscada a observância e conformidade ao princípio geral-constitucional da igualdade (igualdade de oportunidades, conforme retrocitada por Dalmo de Abreu Dallari e interpretada no mesmo sentido por Dinamarco), não só a igualdade formal, mas uma igualdade substancial, na medida em que por meio dos poderes instrutórios do juiz é reformulada a dinâmica de atribuições dos ônus probatórios, servindo, desta maneira, efetivamente a tutela jurisdicional, respeitando os fins ou escopos do processo civil brasileiro.

A seguir serão acostados alguns julgados representantes da atual jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e de Tribunais Superiores

JURISPRUDÊNCIA

JULGADO 1

Agravo de Instrumento. Indenizatória. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Autora é parte hipossuficiente na relação jurídica. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Aplicação do art. 373, II e § 1º, do CPC. Requerente que não pode ser compelida a produzir prova de fato negativo. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2011618-73.2021.8.26.0000. Rel. L. G. Costa Wagner. J: 31.03.2021.

JULGADO 2

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil, ou quando constatada a sua hipossuficiência. Na hipótese, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. Diante da necessidade de permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir a pretensão indenizatória do consumidor, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que oportunamente seja prolatada uma nova sentença. Recurso especial provido para determinar a inversão do ônus da prova na espécie” (STJ – REsp 915.599/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.08.2008 – DJe 05.09.2008).

JULGADO 3

PROVA – Perícia. Decisão que carrou à agravante o pagamento dos honorários periciais - Caracterização da relação de consumo no contrato bancário - Hipótese em que a viabilização do princípio contido no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor importa na sua vinculação ao pagamento das despesas periciais. Recurso improvido (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2036714-61.2019.8.26.0000. Rel. J. B. Franco de Godoi. j. 05.04.2019).

JULGADO 4

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Pedido de modificação do Julgado. Nítido caráter de infringência. Descabimento. Inexistência de omissão,

dúvida, contradição ou obscuridade, passíveis de alteração ou esclarecimentos suplementares. Embargos de Declaração sujeitos aos limites traçados pelo artigo 1.022, do Novo Código de Processo Civil. EMBARGOS REJEITADOS. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos de Declaração nº 1050065-51.2015.8.26.0100/50000. Relatora Penna Machado. j. 08.03.2017)

JULGADO 5

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Decisão que inverteu o ônus da prova. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Agravante que alega a impossibilidade de produção de prova negativa. Decisão que determinou a realização de perícia para verificação da existência de divergência entre modelo decorado com memorial descritivo e unidade entregue. Aplicação do CDC. Parte ré que é fornecedora de produto, detendo conhecimento técnico sobre a incorporação do empreendimento. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2236137-31.2021.8.26.0000. Relatora Maria Salete Corrêa Dias. j. 26.11.2021).

CONCLUSÃO

Através das análises dos julgados trazidos no tópico anterior, percebo que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos Tribunais Superiores tem caminhado em bom sentido.

Acredito que o entendimento jurisprudencial tem estado em conformidade à atual sistemática e metodológica fase pela qual se encontra a ciência do direito processual civil, no que tange as contendas envolvendo o hipossuficiente (litígios de natureza consumerista). É compreendida a importância desse respectivo microsistema de direito material (Direito do Consumidor) através da contemporânea interpretação sobre a teoria do diálogo das fontes do direito (Flávio TARTUCE, 2020, p. 41-45).

O percurso histórico acerca da teoria do Estado se faz extremamente necessária, não só para entender a atual organização estatal, mas para também compreender o vigente sistema de direito processual brasileiro, que através da etapa científica contemporânea busca beber da fonte da ordem constitucional.

Portanto, importantíssima é a constante pesquisa da configuração atual do Estado e das novas tendências abarcadas pelo Direito Constitucional e Ciência Política. Sendo assim, fundamental é a concepção do Estado Democrático de Direito, sua corrente mais recente (o neoconstitucionalismo) e suas crises, como, por exemplo, o dilema entre a liberdade e a igualdade (basilar para o estudo da tutela jurisdicional), o problema da soberania do povo, que escancara cada vez mais a descrença nas instituições democráticas e sociais.

O Texto Maior passa de mero documento formal, focado em estabelecer a predisposição do modo de ser estatal, possuindo reconhecimento e força normativos, trazendo para si a tutela dos direitos fundamentais humanos (liberdade em sentido amplo, direitos sociais, etc.) e, como tal, merecedor de uma revigorada e renovada interpretação (vigente hermenêutica constitucional).

Nesse sentido, a ciência do direito processual civil contemporânea parte seus estudos a partir da própria Constituição, pois nela repousa a base para a compreensão de todo o ordenamento jurídico e os princípios gerais de Direito Processual.

O momento atual é o da instrumentalidade do processo (Dinamarco), já superadas as etapas do sincretismo e da autonomia do processo civil. No entanto, esse instrumentalismo não deve ser pautado apenas de modo formal, buscando concretizar os escopos do processo civil (principalmente o social), propulsionando a efetividade processual, isto é, a busca por

um processo voltado ao resultado justo (Kazuo Watanabe). Assim, compreendendo o Texto Constitucional, o processualista contemporâneo tem à mão o substrato para examinar as categorias processuais, aplicando-as, proporcionando maior qualidade à tutela jurisdicional.

O princípio da igualdade, elementar dentro de um Estado Democrático de Direito, possui matriz constitucional, buscando ser respeitado não somente sob a ótica constitucionalista, mas também pelo viés do estudioso de direito processual civil, que o incorpora em suas pesquisas das mais diversas sobre os institutos fundamentais de direito processual, almejando sempre o fim último do processo, a pacificação social, ou, em última análise, a justiça.

Portanto, os julgados ora tratados, explicitando a figura da distribuição do ônus da prova, foram, um a um, felizes em suas respectivas soluções adotadas a cada caso, preservando a igualdade entre as partes (art. 5º, CF/88 e art. 7º, CPC-15), esta compreendida não somente no sentido formal, mas no material, isto é, substancialmente, preconizando-se, também, a assimilação atual do processo enquanto procedimento em contraditório (art. 10, CPC-15), promovendo efetiva paridade de armas entre os litigantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM, J. M. D. **Manual de direito processual civil**. 11^a. ed. v. 1.
- BITTAR, E. C. B. **Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia**. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- BONIZZI, M. J. M. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2020.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DALLARI, D. D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., F. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3^a. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**. 19^a. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2017.
- DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 15^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 9^a. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2017.
- DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 7^a. ed. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2017.
- DINAMARCO, C. R.; CARRILHO LOPES, B. V.; BADARÓ, G. H. R. I. **Teoria geral do processo**. 32^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**. 5^a. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2020.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. **Curso de direito constitucional**. 15^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MORAES, A. D. **Direito constitucional**. 36^a. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NETO, A. R. et al. **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RANIERI, N. B. S. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1985.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, O. A. B. D. **Curso de processo civil**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2008.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TARTUCE, F. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. São Paulo: [s.n.], 2011.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª. ed. São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 9ª. ed. São Paulo: Método, 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 60ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2019.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. D. **Curso avançado de processo civil**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2008.

WATANABE, K. **Cognição no processo civil**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, F. L. **Tutela jurisdicional**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.