



.....

DIREITO PROBATÓRIO: PROVAS NAS AÇÕES ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

.....

PROBATIONARY RIGHT: EVIDENCE IN ACTIONS
INVOLVING THE PUBLIC TREASURY

Ana Paula De Sant'anna Corrêa Fonte¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Isonomia, Contraditório e Fundamentação das Decisões Judiciais; 2 Verdades e Provas; 3 Direito à Prova; 4 Provas Típicas e Atípicas. Prova Emprestada; 5 Produção de provas de Ofício e a Requerimento. Poderes Instrutórios do Juiz; 6 Ônus da Provas e Sistema de Distribuição do Ônus da Prova; 6.a) Ônus da prova: encargo ou dever?; 6.b) Teorias do ônus da prova: estática e dinâmica. Sistema adotado pelo Código de Processo Civil; 6.c) Ônus da prova como regra de instrução e estado de dúvida do juiz; 7 Valoração da Prova, Meios de Valoração e Princípio da Comunhão das Provas; 8 Valoração da Prova e Novo CPC; 9 Objeto de Prova; 10 Provas nas Ações Envolvendo a Fazenda Pública; 10.a) Ações previdenciárias – aposentadoria rural; 10.b) Ações trabalhistas – responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública; 11 Conclusão; Referências.

¹ - Procuradora Federal - AGU. Pós-Graduação Latu Sensu em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Pós-Graduação Latu Sensu em Direito Público: Teoria e Prática pelo Centro Universitário Uniseb. Graduação em Direito pela UFF – Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O Direito Probatório e sua aplicação é tema de grande relevância, principalmente após o início de vigência do novo Código de Processo Civil. A busca da verdade, o alcance e eficácia das provas devem ser lidos em consonância com direitos e princípios constitucionais, principalmente ampla defesa e contraditório. Nessa seara, a eficácia das provas nas ações envolvendo a Fazenda Pública possui destaque, na medida que em várias dessas ações o direito probatório é aplicado de forma diferenciada. A atuação prática nas ações em que a Fazenda Pública é parte demonstra que a aplicação do direito probatório muitas vezes não é eficaz e a busca da verdade resta prejudicada. Observa-se que em algumas ações vigora a presunção de “culpa” da Fazenda Pública, razão pela qual o seu direito à ampla defesa resta limitado. O presente artigo visa analisar se em algumas ações envolvendo a Fazenda Pública há inversão do ônus da prova mesmo diante do não cabimento, bem como se há limitação da ampla defesa, reduzida valoração das provas produzidas pela Fazenda e consequentes condenações incabíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Probatório. Provas. Verdade. Alcance. Eficácia. Fazenda Pública.

SUMMARY: The Probation Law and its application is a subject of great relevance, especially after the new Code of Civil Procedure begins. The search for truth, the scope and effectiveness of evidence must be read in line with constitutional rights and principles, especially wide defense and contradictory. In this section, the efficacy of the evidence in the actions involving the Public Treasury is highlighted, since in several of these actions the evidentiary law is applied in a differentiated way. Practical action in actions in which the Public Treasury is a party demonstrates that the application of evidentiary law is often ineffective and the search for truth remains impaired. It is observed that in some actions the presumption of “fault” of the Public Treasury prevails, reason why its right to the ample defense is limited. The present article aims to analyze whether in some actions involving the Public Treasury there is inversion of the burden of proof even in the face of noncompliance, as well as if there is limitation of the wide defense, reduced valuation of the evidence produced by the Treasury and consequent convictions.

KEYWORDS: Probative Law. Evidences. Truth. Reach. Efficiency. Public Farm.

INTRODUÇÃO

A presente artigo visa o estudo do direito probatório sob a ótica do novo Código de Processo Civil e seu funcionamento nas ações envolvendo a Fazenda Pública.

Muitas vezes o direito probatório é posto em segundo plano e os tópicos estudados se resumem ao conceito de provas, sistemas probatórios e meios de prova. Acontece que o viés constitucional que norteia o novo Código de Processo Civil colocou o direito probatório num patamar de maior importância, razão pela qual um estudo crítico, sob um prisma menos tradicional, ganha relevância, principalmente na seara da Advocacia Pública.

Atualmente, é possível afirmar que o direito probatório através de busca da verdade, do alcance e da eficácia das provas interfere diretamente na prestação jurisdicional de qualidade com a pronúncia de decisões justas e favoráveis ao verdadeiro titular do direito.

O direito à prova possui assento constitucional ao lado de outros princípios caros, como o contraditório e a ampla defesa. O dever de cooperação entre as partes do processo implica uma atuação proativa na instrução probatória.

Ocorre que a prática processual demonstra que muitas vezes o direito probatório não é visto com a importância devida. A aplicação do direito probatório muitas vezes não é eficaz e a busca da verdade resta prejudicada.

Em algumas ações envolvendo a Fazenda Pública, há inversão do ônus da prova mesmo diante do não cabimento, bem como há limitação da ampla defesa, reduzida valoração das provas produzidas pela Fazenda e consequentes condenações incabíveis. Observa-se que em tais ações vigora a presunção de “culpa” da Fazenda Pública, razão pela qual o seu direito ao contraditório resta limitado.

Hodiernamente, ouve-se a menção de que grande parte das aposentadorias rurais são concedidas judicialmente, em total inversão do ônus da prova. Benefícios assistenciais de prestação continuada são concedidos judicialmente independentemente do preenchimento de todos os requisitos legais, em ignorância do conjunto probatório.

A Fazenda Pública é condenada subsidiariamente em várias ações trabalhistas mesmo quando demonstra a fiscalização do contrato. Benefícios são concedidos a servidores independentemente da comprovação da necessidade e dos requisitos.

Nesse sentido, é de suma importância a análise crítica da eficácia das provas nas ações envolvendo a Fazenda Pública.

Assim, esse artigo, através de um recorte pequeno de decisões de primeira instância, faz uma análise crítica a fim de verificar a eficácia prática das provas, a instrução probatória e os desdobramentos do procedimento probatório sob a ótica daqueles que possuem o contato direto com as provas.

O tema possui grande importância, pois decisões proferidas em desatenção às provas produzidas podem acarretar situações ilegais que se prolongam no tempo. Além disso, essas decisões proferidas repetidamente incentivam o ajuizamento indiscriminado de ações e a fixação

de precedentes teratológicos.

Tais decisões proferidas em ações cuja uma das partes seja a Fazenda Pública acarreta lesão ao erário público e, inevitavelmente, causam prejuízos à toda sociedade.

1. ISONOMIA, CONTRADITÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para uma melhor compreensão da importância das provas e do procedimento probatório, torna-se necessária a explanação acerca dos princípios da isonomia, do contraditório e da regra de fundamentação das decisões judiciais.

O princípio da isonomia possui previsão constitucional (art. 5º, *caput* da CR/88). Consoante o ordenamento jurídico pátrio e os novos anseios sociais, a isonomia não é vista apenas sob a ótica formal, segundo a qual todos são iguais perante à lei. Igualdade implica reconhecer diferenças, peculiaridades, hipossuficiência entre as pessoas. Trata-se da isonomia sob o viés material.

Esse raciocínio aplica-se do processo civil. Assim, eventualmente, a fim de garantir a isonomia entre as partes, torna-se necessário o tratamento desigual. Nesse sentido, o novo CPC prevê essas ponderações em vários dispositivos, tais como art. 7º (paridade de tratamento como regra geral), artigos 350/351 (ao autor é conferido 15 dias para manifestar-se sobre a contestação, ou seja, o mesmo prazo conferido ao réu para contestar), art. 183 (prazo em dobro para todas as manifestações da Fazenda Pública, diante das suas peculiaridades e da burocracia que a envolve), art. 186 (prazo em dobro para todas as manifestações da Defensoria Pública, tendo em vista as dificuldades e falta de estrutura enfrentadas pela mesma).

Ou seja, é nítida a preocupação do legislador com a garantia da igualdade plena. Na instrução probatória não é diferente, devendo ser assegurado às partes envolvidas o mesmo prazo para elaboração de quesitos, apresentação de rol de testemunhas, manifestação sobre laudos periciais, sobre cálculos e demais documentos.

O princípio do contraditório também possui assento constitucional, estando previsto no art. 5º, LV da CR/88. O princípio também é reforçado nos artigos 9º e 10 do novo CPC, segundo os quais, em regra, não será proferida nenhuma decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, e o juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação, ainda que se trata de matéria cognoscível de ofício.

Trata-se de importante previsão, pois não se pode confundir julgamentos de ofício com julgamentos surpresas e sem oitiva das partes envolvidas.

Ressalta-se, assim, que o novo Código de Processo Civil ampliou o conceito de contraditório. A doutrina clássica visualizava o princípio do contraditório através do binômio ação e reação, bastando a concessão da ciência dos atos processuais e da posterior oportunidade de manifestação.

Ultrapassada essa visão pequena do contraditório, o mesmo passou a ser analisado sob o viés informação – reação – influência. Essa nova visão objetivou uma maior efetividade do



contraditório, segundo a qual, o contraditório deve ser entendido como o direito à informação pela parte (ciência), somado à possibilidade de manifestação acerca de todos os atos e termos do processo (reação), bem como uma real influência no conteúdo da decisão.

Essa visão mais ampla veio para colocar fim às decisões judiciais que aparentemente respeitam o contraditório. A título de exemplo, em uma audiência trabalhista, onde há instrução e apresentação de contestação, o juiz profere sentença na própria audiência, e apesar da ciência dos atos e termos processuais pelas partes e das manifestações cabíveis, o conteúdo da sentença não apresenta nenhuma influência da contestação. Trata-se de hipótese exemplificativa, mas muito comum na prática e que deve ser rechaçada fortemente por violação do contraditório.

Atualmente, existe um posicionamento que analisa o contraditório sob quatro vertentes: informação – reação – influência – cooperação. Assim, devem as partes ter ciência de todos os atos processuais, manifestarem-se a respeito, influenciando as decisões judiciais e cooperando entre si e com o juiz na relação processual. Essa visão estaria em consonância com os ditames do novo Código de Processo Civil.

Por fim, um dos pilares da decisão judicial é a sua fundamentação. Trata-se de elemento essencial da sentença (art. 489, II do CPC/15) que possibilita à parte saber os reais motivos e razões que acarretaram a decisão proferida, bem como embasar eventual recurso.

A regra da fundamentação da sentença também está prevista na Constituição da República (art. 93, IX) e foi reproduzida nos artigos 11 e 489, II e §1º do CPC/15.

Desta forma, reconhecida qualquer deficiência na fundamentação, será hipótese de *error in procedendo*, e a decisão será passível de nulidade.

Ante o exposto, observa-se que os princípios da isonomia e do contraditório, bem como a regra da fundamentação da sentença são de suma importância na instrução probatória.

2. VERDADE E PROVAS

Em síntese, as provas podem ser conceituadas como os meios ou instrumentos de convicção do juiz acerca da existência ou inexistência dos fatos. Assim, o objetivo imediato da prova é o alcance da verdade acerca dos fatos. Contudo, no processo é difícil alcançar a verdade absoluta, ou dita real, com minúcia de detalhes, pois as partes envolvidas normalmente agem em prol de seus interesses particulares e o juiz está adstrito às provas produzidas nos autos. É comum, então, que as provas não reproduzam exatamente como ocorreram os fatos.

Há de se considerar, ainda, as limitações impostas pelo ordenamento jurídico sobre as provas e sua produção. Muitas vezes as partes sabem da verdade real e simplesmente não conseguem produzir provas suficientes para convencer o magistrado. Ocorre que, nem por isso, a verdade deve ser posta de lado. Pelo contrário, no processo deve-se tentar alcançar a verdade mais próxima da realidade fática, o que para alguns autores chama-se quase verdade.

Assim, as provas não são um fim em si mesmas, mas apenas meios aptos ao alcance da efetiva realização da justiça e de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Decisões injustas e que se contrapõem à verdade por desconsideração de uma prova relevante ou por uma análise

superficial da mesma devem ser evitadas a todo custo, pois tais decisões, uma vez que se tornam imutáveis, acarretam a manutenção de prejuízos imensuráveis.

Desta forma, apesar das dificuldades, deve-se buscar a melhor verdade possível. Apesar da existência de hipossuficiência, deve-se buscar a melhor verdade possível. Deve-se buscar a verdade que mais se aproxima da verdade real, do que realmente ocorreu no mundo dos fatos, isento de qualquer conceito pré-concebido. É essa busca imparcial que garante a realização da justiça, e não o ativismo judicial excessivo que se contrapõe à imparcialidade.

Nesse sentido, a doutrina vem salientando², numa visão mais crítica, que o novo CPC prima pelo modelo objetivo em detrimento do modelo subjetivo, no qual são proferidas decisões de cunho mais íntimo, subjetivo, parcial, tendencialmente menos justas. O processo civil constitucional, principalmente após a promulgação do novo Código de Processo Civil, está preocupado com a busca da verdade, pois assim alcança-se decisões mais justas, conferindo direito ao seu real titular.

De forma bem simples: o CPC de 1973 apostava em um tipo de paradigma filosófico; o de 2014-15 aposta na intersubjetividade, ao expungir – espero que para sempre – esse resquício de um paradigma ultrapassado, autoritário, fundado na consciência individual do intérprete. (STRECK, Lenio Luiz. 2016. p. 107-114).

Ressalta-se ainda que, tradicionalmente, a doutrina faz a distinção entre verdade material e verdade formal ou processual, sendo esta última aquela que se estabelece no bojo do processo.

Contudo, o que se observa é que essa distinção não é mais relevante para a busca da melhor verdade possível, principalmente diante do novo diploma processual. Trata-se de uma distinção ultrapassada e meramente doutrinária, encontrada em quase todos os manuais de Direito Processual Civil, mas que não possui peso na busca da verdade real.

Conforme pontuado por José Maria Tesheiner (2016)³, essa distinção tradicional é criticada por Taruffo (2012), nos seguintes termos:

Outra distinção carente de fundamento que se pode rapidamente deixar de lado (não obstante se trata de um consenso bastante difundido) é aquela que põe entre verdade formal ou processual, que se estabelece no contexto do processo, e verdade real, que seria apurada somente fora do processo. [...] A justificativa dessa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas que concernem às provas (condicionando, por tanto, de várias maneiras a apuração dos fatos) e regras (como aquelas sobre a coisa julgada) que põe fim à busca da verdade. Pelo contrário, fora do processo a busca da verdade “verdadeira” poderá desenvolver-se de forma livre e ilimitada.

Esse modo de argumentar é, entretanto, falacioso. Por um lado, pode-se dizer que, em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo: como já foi dito várias vezes, a verdade dos

2 - Lenio Luiz Streck – Professor titular da UNISINOS e UNESA, Doutor e Pós-Doutor em Direito, Ex-Procurador de Justiça RS, Advogado.

3 - Professor de Processo Civil da PUCRS e Desembargador aposentado do TJRS – (TESHEINER, José Maria. Capítulo 3 – Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral), JOBIM, Marco Félix (coord.) e FERREIRA, William Santos (coord.). Direito Probatório – *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Bahia: JusPodivm, 2. ed. 2016. p. 59-90).



enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade processual e verdade real carece de fundamento. (TARUFFO, 2012, p.107-7 *apud* TESHEINER, José Maria. 2016. P. 59-90).

E Taruffo (2012) prossegue, quanto às regras processuais:

Pode-se somente dizer que essas produzem um *déficit* na apuração da verdade que se dá no processo, já que, por exemplo, obstam a produção a produção de provas relevantes à apuração dos fatos cujo conhecimento é importante para a decisão. Esse *déficit* não implica que haja uma verdade processual: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apure-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou – nos casos mais graves – não se apure verdade nenhuma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada. (TARUFFO, 2012, p.107-7 *apud* TESHEINER, José Maria. 2016. P. 59-90).

A crítica de Taruffo (2012) é apropriada diante da ideia de busca da verdade que envolve o direito probatório. Nesse sentido, há que se concordar com professor José Maria já citado, no sentido de que é certo que a existência dos fatos pode ser cognoscível ou não. É certo que os fatos podem ser comprovados dentro ou fora do processo. É certo que no processo, muitas vezes, podem-se estabelecer enunciados fáticos falsos. Assim, a distinção entre verdade material ou formal perde relevância, pois a verdade dos fatos pode ser comprovada de várias formas, dentro do processo ou fora dele.

Nesse sentido, o que o novo Código de Processo Civil busca é o alcance da verdade, mantendo a atipicidade das provas, a liberdade da produção de provas como regra, possibilitando o uso da prova emprestada, inovando a sistemática da distribuição do ônus da prova com a adoção de uma distribuição mais dinâmica, que leva em consideração as especificidades do caso concreto, trazendo alterações quanto à valoração das provas, bem como extinguindo (para alguns doutrinadores) o livre convencimento e se aproximando mais do modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas, de um modelo mais racional e sem subjetivismos tendenciosos.

Hoje, o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e esta apreciação não será livre. Não há que se falar em livre convencimento. As provas não servem simplesmente para convencer o magistrado, mas sim para demonstrar a verdade dos fatos, devendo o juiz atuar racional e objetivamente.

Vale trazer à baila os comentários do jurista Lenio Streck (2016) acerca dessa extinção:

O NCPC, ao retirar o poder de livre convencimento ou livre apreciação, assume um nítido sentido “não protagonista”, afastando o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo “socialismo processual” (Bülow, Menger, Klein). Não se pode mais invocar, igualmente, o princípio (sic) da presunção racional. O novo Código não compactua com presunções, mesmo que venham com epítetos como “racional”, etc. Trata-se de uma opção paradigmática feita pelo legislador. A decisão judicial exige exercício prático, sendo de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público. Isso não quer dizer que o juiz se

transforme em um exegeta do século XIX ou que esteja proibido de interpretar. O CPC apenas passou a lhe exigir responsabilidade política e suspensão de seus prejuízos sobre o mundo e os fatos a interpretar-julgar. (STRECK, Lenio Luiz. 2016. P. 107-114).

Assim, nota-se que, mais do que nunca o estudo das provas e da busca da verdade é de suma importância e deve ser analisado com seriedade, pois somente a verdade proporciona uma prestação jurisdicional de qualidade, com a pronúncia de decisões justas (em favor do verdadeiro titular do direito), o que gera confiança e afasta o descrédito no sistema estatal de resolução de conflitos.

3. DIREITO À PROVA

O novo Código de Processo Civil reflete uma visão constitucional do processo. Cada vez mais, prima-se pela aplicação do viés constitucional aos diversos ramos do direito, e com o processo civil não é diferente.

Não somente o direito material deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal. O direito processual também deve ser analisado sob a ótica constitucional a fim de evitar uma prestação jurisdicional ineficiente e injusta.

Nesse sentido, diante da constitucionalização do processo civil, o direito à prova é também uma garantia constitucional. O direito à prova garante o efetivo exercício do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais são expressamente garantidos na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV. Tal constatação lança o direito à prova ao patamar de garantia constitucional, conforme bem resumido por João Batista Lopes (2016)⁴:

De nada adiantaria, porém, a mera declaração formal do contraditório e da ampla defesa se não fosse garantido ao jurisdicionado provas os fatos que embasam sua posição processual. (LOPES, João Batista. 2016. p. 49-58).

Contudo, é necessário ressaltar que, como qualquer direito, ainda que constitucional, o direito à prova não é absoluto. Ou seja, é um direito constitucional, de suma importância, que deve ser preservado, mas não a qualquer custo. Existem limitações a este direito, o que ocorre através da ponderação ou valoração entre os direitos envolvidos.

A busca da verdade legítima a prestação jurisdicional, mas não é um fim em si mesma, razão pela qual é admissível, e até recomendado em alguns casos, a aplicação de restrições ao direito à prova a fim de evitar distorções e resultados lesivos e injustos.

Como exemplo, o art. 369 do CPC/15, ao estabelecer a liberdade de prova como regra geral, prevê que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos. Ou seja, o direito à prova não compreende a produção de provas ilegais, ilícitas e imorais sob pena de violação de outros direitos e princípios constitucionais e norteadores do estado democrático de direito.

4 - Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC/SP, Desembargador aposentado do TJSP, Membro do IPDP – Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo.



É bem verdade que, em alguns julgados, as provas ilícitas e imorais são admitidas em caráter excepcional, tendo em vista os direitos envolvidos (como por exemplo, direito à vida, direito à liberdade, direito de locomoção). Tais excepcionalidades ocorrem, geralmente, no bojo do processo penal, onde os valores envolvidos são extremamente caros.

Assim, salvo casos excepcionais, em regra, para o alcance da verdade não vale tudo. Não se trata da máxima de Nicolau Maquiavel segundo a qual os fins justificam os meios. Não é possível a produção indiscriminada de provas.

4. PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS. PROVA EMPRESTADA

O Código de Processo Civil de 2015 deixou expresso a liberdade dos meios de prova (princípio da universalidade de provas) em seu art. 369 ao prever que:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Essa previsão decorre da ideia de que o processo corre no interesse das partes, as quais visam o alcance da justiça. São as partes destinatárias da prestação jurisdicional, a qual deve ser de boa qualidade, razão pela qual, apesar de certas limitações (vedação às provas ilegais, por exemplo), o ordenamento jurídico pátrio admite a liberdade dos meios de provas.

Assim, a doutrina classifica as provas em provas típicas (documental, oral, testemunhas, confissão, perícia, entre outras) e atípicas, como certificações feitas pelo oficial de justiça diligente, declarações escritas por terceiros e prova emprestada. Essa última já era admitida, antes da vigência do novo Código de Processo Civil, pela doutrina e jurisprudência pacífica.

A liberdade na produção de provas acarreta conseqüentemente a admissão de variadas provas, desde que lícitas. Em muitos casos, os fatos são efetivamente comprovados através de provas atípicas, sendo as certificações feitas pelos oficiais de justiça muito comuns para apurar a veracidade de declarações firmadas pelas partes (por exemplo, quando o oficial de justiça faz diligências *in loco* nos casos de aposentadoria rural).

Do mesmo modo, a prova emprestada ganhou relevância e previsão expressa inédita. Muitas vezes, a prova produzida em outro processo e utilizada em processo novo é suficiente e necessária para demonstrar a verdade, bem como reverencia a celeridade e economia processual. Trata-se de otimização do desempenho da prestação jurisdicional, uma vez que se evita a repetição desnecessária de provas e a prática de atos inúteis.

A prova emprestada é aquela prova produzida em um processo de origem e transladada para outro processo. Essa prova já era admitida pela jurisprudência da vigente do CPC/73.

O novo Código de Processo Civil então trouxe dispositivo expresso a fim de evitar maiores indagações e críticas. Prevê o art. 372 que o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, ou seja, da prova emprestada, atribuindo-lhe o valor que considerar

adequado, observado o contraditório.

Por óbvio, a prova emprestada deve ser submetida ao crivo do contraditório e ampla defesa, uma vez que se trata de prova produzida em outro processo e a regra geral é da produção de provas nos próprios autos. Vale ressaltar que, nesses casos, o contraditório é tardio ou postergado, o que não significa violação desse princípio constitucional, desde que o mesmo seja observado em sua forma plena (informação – reação – influência, conforme já exposto).

O contraditório postergado ocorre em várias situações (como por exemplo, na produção antecipada de provas) e é amplamente admitido pelo ordenamento jurídico e jurisprudência pátria.

Existem posições doutrinárias que sustentam a necessidade do contraditório no processo de origem (a prova deve ter sido produzida com a participação das mesmas partes atuantes no novo processo), ou no novo processo, ou em ambos. Contudo, parece que tal exigência é excessiva e pode acabar por inviabilizar a aplicação e eficácia da prova emprestada.

Outrossim, não é razoável a limitação da prova emprestada sob a alegação de que foi produzida em justiça diferente. Isso é ilógico e fere a própria sistemática da prova emprestada. Esse diálogo e compartilhamento de provas entre processos distintos é admissível entre justiça estadual e federal, entre processo civil e criminal.

Diante dessas peculiaridades, a jurisprudência pátria já pacificou alguns questionamentos acerca da prova emprestada. Segundo o STJ, provas produzidas em inquérito civil podem ser utilizadas em outro processo, provas produzidas em inquérito policial podem ser utilizadas em processo civil, é possível o empréstimo de provas mesmo diante da diferença das partes do processo original e do processo de destino⁵.

Contudo, neste último caso vale chamar atenção para a situação da utilização da prova emprestada contra uma parte de que não figurou no processo originário e a repetição da prova revela-se impossível. Nesse caso, possivelmente o contraditório não será respeitado, cabendo o magistrado analisar o caso concreto, suas peculiaridades e eventualmente aplicar a ponderação de valores, aceitando ou não a prova.

Sobre a natureza jurídica da prova emprestada, é consenso que a nova previsão legal não alterou a natureza documental desta prova, uma vez que a prova emprestada é uma prova testemunhal, pericial, ou até uma confissão transladada e utilizada no processo novo sob o manto de documento.

Assim, insta salientar que a prova produzida em cartas precatórias ou rogatórias não são consideradas provas emprestadas, pois o processo é considerado o mesmo e o juízo deprecado é considerado um prolongamento do juízo de origem. Do mesmo modo, é consenso na doutrina que a prova documental não funciona como prova emprestada, pois o documento conserva sua eficácia como documento em qualquer processo.

Questão interessante é o procedimento para utilização da prova emprestada. Essa deve ser translada do processo de origem para o processo novo através de certidão emitida pelo juízo

5 - STJ – AgRg no AREsp 24.940-RJ (Informativo 536); STJ – EREsp 617.428-SP (Informativo 543).



de origem. Simples reprodução xerográfica não implica prova emprestada, correspondendo tão somente à mera prova documental. É a certidão do juízo de origem que confere autenticidade à prova emprestada.

Por fim, é importante ressaltar que a prova emprestada possui valor como qualquer outra prova. A ideia de que a prova emprestada é prova inferior, ou ato extrajudicial de baixo valor probatório, foi superada. Contudo, a valoração deve levar em conta a não aplicação dos princípios da imediatidade entre as partes e o juiz da prova, da identidade física do juiz, da concentração dos atos processuais e da oralidade.

Desta feita, observa-se que a prova emprestada é um desdobramento da liberdade da produção de provas, sendo amplamente admitida, desde que haja observância dos princípios constitucionais.

Ainda dentro do capítulo de provas típicas e atípicas, insta ressaltar a existência do silêncio. O silêncio seria um meio de prova? Seria uma prova atípica? Existe quem sustente que não sob o argumento de que o silêncio é a ausência de manifestação de vontade. Ocorre que, apesar de não constar em dispositivos do Código de Processo Civil, o silêncio é capaz de influenciar o juiz como qualquer outro meio de prova, se adequando, assim, ao conceito de prova previsto no art. 369, segundo o qual provas são todos os meios legais e moralmente legítimos capazes de influir eficazmente na convicção do magistrado.

Observa-se na prática que, muitas vezes, o juiz profere decisão com base no silêncio de uma das partes. O que não se pode esquecer é que o silêncio pode influenciar na convicção do magistrado, mas não pode significar a inversão do ônus da prova. Ora, o silêncio somente pode servir como prova se a parte tinha a obrigação de se manifestar e não o fez.

5. PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO E A REQUERIMENTO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Conforme o Novo CPC, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determina as provas necessárias ao julgamento do mérito e indefere, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, CPC/15).

Isso demonstra que a produção de provas pode ocorrer através do requerimento das partes, o que é mais comum, uma vez que em regra a prova incumbe a quem alega, bem como pode ocorrer de ofício pelo juiz.

A busca da verdade e conseqüentemente de uma prestação jurisdicional de qualidade implica que todas as provas relevantes ao caso estejam em juízo.

O juiz não pode ser visto como um sujeito imparcial ao ponto de distanciar-se da produção de provas. Pelo contrário, o juiz deve zelar pela busca da verdade em prol de uma prestação jurisdicional de qualidade. Apesar da imparcialidade, o juiz não pode compactuar com omissões e falhas na produção probatória capazes de acarretar decisões injustas.

Desta forma, caso as provas relevantes à busca da verdade não estejam em sua totalidade em juízo, bem como haja insuficiência de provas capaz de causar prejuízo à prestação jurisdicional

e à decisão justa de mérito, deve o juiz determinar de ofício a produção de provas ou até mesmo solicitar demais provas às partes.

Cumpra esclarecer que o magistrado pode, inclusive, determinar de ofício a produção de prova emprestada, solicitando respectiva certidão ao juízo de origem.

Conforme já mencionado em capítulo anterior, essa conduta oficiosa do magistrado pauta-se no dever de cooperação dos sujeitos do processo.

Outrossim, a atuação oficiosa do juiz é limitada pelo princípio do dispositivo e não significa parcialidade em favor de uma das partes, pois ao determinar a produção da prova o juiz não prevê o resultado da mesma.

Assim, a regra do ônus da prova não interfere na atuação oficiosa do juiz, pois este não atua em prol de parte determinada. O que ocorre é o favorecimento, ainda que indireto, do verdadeiro titular do direito material, exatamente o que uma decisão justa visa. Trata-se de cooperação.

Do mesmo modo, a existência de direitos disponíveis não interfere na atuação oficiosa do juiz. Apesar da previsão de possibilidade de acordos entre as partes sobre o procedimento (art. 190, CPC/15), estes não poderão acarretar a exclusão de provas relevantes à lide, na medida em que a prestação jurisdicional de qualidade e a pronúncia de decisões justas se sobrepõem a tais direitos.

Vale ressaltar, ainda, que essa possibilidade de atuação de ofício não é propriamente um poder do juiz, mas sim uma faculdade, conforme reste demonstrada a necessidade.

6. ÔNUS DA PROVA E SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova, consoante doutrina pátria, possui dois aspectos: objetivo e subjetivo. O ônus da prova implica o estudo sobre quem é o responsável pela produção da prova.

Esse é o aspecto subjetivo desse ônus. Segundo regra geral do direito, quem alega sem provar age como se não estivesse sequer alegado. Alegações desprovidas de provas não são consideradas alegações.

Prevê o art. 373 do CPC/15 que o ônus da prova incumbe, em regra, ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ou seja, o ônus da prova incumbe a quem alega. Esse é o aspecto subjetivo do ônus da prova.

Deve o autor provar o fato constitutivo de seu direito. E ao réu incumbe o dever de contestar especificamente as alegações autorais (ônus da impugnação específica), apresentando contraprova dos fatos constitutivos do direito do autor, e provas dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito autoral.

O ônus da prova estimula a participação das partes no processo, as quais devem atuar a fim de comprovar suas alegações. Não é possível que a parte tão somente apresente suas alegações



e não comprove nenhuma delas. Na medida em que a jurisdição é inerte e o juiz está adstrito ao princípio do dispositivo, as partes devem atuar no processo a fim de provocar a atuação do magistrado.

O novo CPC, ao reforçar princípios, direitos e garantias constitucionais, ressalta o dever de cooperação entre as partes, segundo o qual, todas os sujeitos do processo estão envolvidos numa relação jurídica processual ampla, e apesar dos interesses antagônicos devem atuar em cooperação, em prol do alcance de uma decisão justa. O novo CPC não entende o processo como um campo de batalha ou há condutas omissivas propositais e estratégicas, apresentação de provas surpresas ou esquivas na produção de provas. As partes devem atuar em colaboração e pautar-se na boa-fé.

Nesse sentido, prevê o art. 6º do CPC/15 de forma clara e objetiva que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva. Note-se que o dispositivo legal menciona que o dever de cooperação é de todos os sujeitos do processo, e não apenas das partes. Isso significa que o juiz também deve atuar em cooperação com as partes.

O dever de cooperação pelo juiz possui quatro vertentes: esclarecimento, diálogo (consulta), prevenção e auxílio (adequação). O dever de esclarecimentos significa que o juiz deve exigir esclarecimentos das partes, sanando dúvidas e contradições nos requerimentos formulados (como por exemplo no saneamento compartilhado - Art. 357, CPC/15), bem como deve ele mesmo ser claro em suas decisões, sempre fundamentando as mesmas (art. 11 e art. 489, II e §§1º, 2º, 3º do CPC/15).

O dever de diálogo / consulta impõe ao juiz a consulta prévia às partes quando necessário, a oitiva das partes antes de decidir, evitando decisões surpresas, de ofício, ou até mesmo decisões prejudiciais por insuficiência de provas. Ora, o magistrado funciona como o pacificador da lide e garantidor da prestação jurisdicional de qualidade. Não basta o mero pronunciamento de decisões, estas devem ser justas.

Assim, o juiz deve atuar em cooperação com as partes, mantendo o diálogo e não ficando distante.

Insta salientar que, ao contrário do que algumas críticas afirmam, esse diálogo não fere a celeridade processual e a duração razoável do processo, pois na medida em que as partes são prévia e plenamente ouvidas, que o contraditório é garantido, o número de recursos e impugnações tende a diminuir. Ou seja, a cooperação entre as partes enseja decisões mais justas e maior aceitação pela parte contrária.

O dever de prevenção significa que o magistrado deve alertar as partes sobre os riscos de suas manifestações, instando-as a corrigir eventuais vícios e defeitos do processo. E por fim, o dever de auxílio implica a atuação do juiz no sentido de auxiliar as partes a fim de afastar obstáculos que dificultem ou impeçam suas faculdades processuais, como por exemplo na aplicação da distribuição do ônus da prova (art. 373, §1º, CPC/15).

Como nota-se, o dever de cooperação está intimamente ligado com a esfera probatória e com o ônus da prova.

Quanto ao aspecto objetivo do ônus da prova, ressalta-se a divergência existente

antes do novo CPC: ônus da prova como regra de julgamento ou como regra de procedimento (comportamento ou instrução).

O ônus da prova como regra de julgamento afasta declarações de *non liquet* pelo juiz, o qual está obrigado a julgar todas as demandas que lhe são submetidas, proferindo decisões preferencialmente de mérito (princípio da prevalência das decisões de mérito, que ganhou destaque e virou premissa no novo Código de Processo Civil). O magistrado deve julgar as causas que lhe são postas, ainda que para isso socorra-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito, bem como determine a realização de outras provas a fim de esclarecer os fatos⁶.

Contudo, isso não afasta a ideia de ônus da prova como regra de procedimento (comportamento ou instrução), segundo a qual as partes devem produzir todas as provas que estão ao alcance durante a instrução processual.

Por algum tempo, essa questão foi motivo de uma prestação jurisdicional ineficiente, uma vez que muitos juízos apenas invertiam o ônus da prova no momento da sentença, alegando que a questão era regra de julgamento, o que por vezes pegava a parte contrária de surpresa, em flagrante violação dos princípios do contraditório e ampla defesa.

O STJ, então, no julgamento do EREsp 422.778-SP, em 29/2/2012, declarou que a inversão do ônus da prova é regra de instrução:

Trata-se de regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos.

A inversão do ônus da prova deve ocorrer antes da finalização da instrução probatória, a fim de que seja garantida à parte em desfavor de quem o ônus foi invertido a oportunidade de manifestação e produção probatória.

Isso porque o ônus da prova também funciona como norteador do comportamento das partes. Nesse sentido, são os comentários do Mestre e Doutor em Direito (UFRGS) e Professor Artur Thompsen Carpes (2016):

Nada obstante certa polêmica na doutrina quanto à existência da função subjetiva, sua sensibilidade ao longo de todo o procedimento probatório revela-se suficiente para perceber que o ônus da prova funciona não apenas como critério de julgamento, mas também como critério que indica às partes o modo pela qual devem pautar a sua atividade em torno da prova.

[...] É inegável, entretanto, que o ônus da prova funciona como estímulo qualitativo dirigido às partes para que estas forneçam as provas destinadas à confirmação de suas alegações de fato. Caso o ônus da prova não exercesse tal função, a atividade probatória das partes não seria tão qualificada, o que significaria prejuízo à formação do juízo de fato. (CARPES, Artur Thompsen. 2016. p. 197-209).

6 - Enunciado nº 297 do FPPC: (art. 355) O juiz que promove julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de outras provas não pode proferir sentença de improcedência por insuficiência de provas.



Essa posição do STJ foi, ainda que indiretamente, positivada no CPC/15, o qual, em prol dos princípios constitucionais que o norteiam, veda decisões judiciais surpresas e prima pela oportunidade de ciência e manifestação prévia das partes.

a) **Ônus da prova: encargo ou dever?**

Acerca da natureza jurídica do ônus da prova, vale salientar que alguns doutrinadores entendem que, apesar da nomenclatura de ônus da prova, não se trata necessariamente de um ônus da parte.

Ônus implica um dever, o qual acarreta sanções em caso de descumprimento. Contudo, o ônus da prova na realidade é um mero encargo que a parte pode cumprir ou não, sob pena de ficar tão somente em situação de desvantagem (o prejuízo da não comprovação de suas alegações).

Ou seja, o ônus da prova é um direito da parte provar o que alegou. Contudo, em caso de inobservância dessa faculdade, não há que falar em ilícito e sanção, mas tão somente em efeitos processuais negativos e possível negativa do direito pleiteado.

Contudo, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016), a prova é um direito das partes, mas também é um dever. Segundo os doutrinadores, entender o ônus da prova como um mero encargo viola os deveres de colaboração, lealdade e boa fé processuais.

A prova não se limita a um direito no campo processual. Ela é também um dever, alinhado aos deveres de lealdade e de boa fé processuais. Realmente, para que o Estado possa desempenhar adequadamente a sua tarefa de decidir as controvérsias que lhe são submetidas, é essencial que as pessoas que tenham conhecimento dos fatos relevantes para a solução desse litígio efetivamente colaborem e tragam para o processo esses elementos em que se fundará o conhecimento do órgão jurisdicional. Afinal, se o texto constitucional impõe ao Estado o dever de julgar os conflitos e de dar tutela efetiva, tempestiva e adequada a qualquer lesão ou ameaça a direito, então é indispensável que se imponha a toda coletividade o consectário dever de auxiliar a jurisdição nessa tarefa, fornecendo-lhe os subsídios para que possa conhecer os fatos e julgar corretamente (art. 378). Por isso, pode-se afirmar que ao lado do direito, a prova é também um dever. E esse dever nada mais é do que um reflexo – para toda a sociedade – dos direitos fundamentais processuais, em particular, dos direitos de acesso à Justiça e de ampla defesa. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. 2016).

Interessante esse posicionamento, na medida que melhor se coaduna com as novas vertentes do atual Código de Processo Civil.

Se o CPC/15 possui um viés constitucional, com primazia dos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como ressalta o direito (constitucional) à prova e enaltece as regras de cooperação, lealdade e boa fé processuais, o entendimento do ônus da prova como mero encargo ou faculdade processual cujo descumprimento não gera sanção contrária é contraditório.

O art. 378 do CPC/15 traz uma imposição geral de colaboração ao prever que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. E como toda imposição apresenta algumas sanções pontuadas por exemplo no art. 80, II do CPC/15 (litigância de má fé que acarreta multa e indenização), no art. 400 do CPC/15, bem como na esfera

penal, como os artigos 347 (crime de fraude processual) e 356 (crime de sonegação de papel ou objeto de valor probatório), ambos do CP.

Outrossim, diversos dispositivos do Código de Processo Civil enaltecem a prova como um dever, tais como os artigos 77 (deveres das partes), 379 (dever das partes de produzir provas, salvo prova contra si), 380 (dever do terceiro de informar ao juiz os fatos e circunstâncias de seu conhecimento, e de exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder).

Sobre a garantia de não produção de provas contra si, os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016) ainda criticam a amplitude da redação inicial do art. 379 do CPC/15 que prevê que incumbe à parte, preservado o direito de não produzir prova contra si própria, comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; praticar o ato que lhe for determinado.

Em última análise, a interpretação literal desse preceito (em sua parte inicial) institui e legitima a chicana processual e autoriza a litigância abertamente de má fé, o que não se pode aceitar. Supor que a parte tenha o direito de esconder a prova que lhe é desfavorável, e que só tenha o “dever” – que aí é nada mais do que o seu próprio interesse! – de trazer aos autos a prova que lhe é favorável, realmente, é imaginar que a parte deve sempre tentar litigar, ainda que de forma abusiva, na esperança de que a parte contrária não consiga obter por outra via a prova que foi, com autorização do código, escondida. Nada há que justifique esse imaginado “direito”, que sequer se harmonize com a seriedade que se espera de quem litiga judicialmente. [...] Enfim, é evidente que a parte inicial do art. 379 é apenas um excesso infeliz, que exige interpretação que o reduza aos seus limites constitucionais: o direito de não produzir prova que possa repercutir em sua incriminação. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. 2016).

Desta forma, independente das divergências acima apontadas, o que não se pode perder de vista é o dever de colaboração dos sujeitos do processo, que devem atuar em prol da busca da verdade com a consequente pronúncia de uma decisão justa e de uma prestação jurisdicional de qualidade.

b) Teorias do ônus da prova: estática e dinâmica. Sistema adotado pelo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, tanto o código atual quanto o CPC/73, adota, como regra geral, a teoria estática da distribuição do ônus da prova. Ou seja, o próprio diploma processual determina, estaticamente (previamente e de maneira imutável), quem deve produzir a prova (o ônus da prova incumbe a quem alega).

A teoria estática do ônus da prova está embasada nas ideias de oportunidade e interesse, cabendo a cada parte provar os fatos alegados em seu interesse a fim de alcançar a decisão almejada.

Mas, é notório que em muitos casos uma das partes possui hipossuficiência probatória, ou o caso comporta provas de difícil ou impossível produção (prova diabólica), como os fatos negativos. A teoria estática, então, não é suficiente.

A teoria do ônus da prova ignora a igualdade material (substancial), e não leva em



consideração a verossimilhança das alegações, o interesse das partes na produção da prova e o dever de cooperação dos sujeitos.

Assim, a dinamização do ônus da prova que já era adotada pela jurisprudência na vigência do CPC anterior, ganhou previsão legal expressa no novo CPC. Prevê o art. 373, §1º que:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Ressalta-se que, não se trata de simples inversão do ônus da prova, conforme previsto no art. 6º VIII do Código de Defesa do Consumidor. O que o art. 373, §1º do novo Código de Processo Civil prevê é uma dinamização, uma inversão mais ampla desse ônus. Na dinamização, o magistrado ignora a qualidade de autor e réu, e distribuiu o ônus da prova de acordo com quem tem a melhor qualidade, as melhores condições de produzir as provas. Quem pode produzir as provas de forma mais eficiente.

Essa distribuição do ônus da prova de acordo com a aptidão de cada sujeito do processo se coaduna com os princípios norteadores do CPC/15, principalmente com a prevalência das decisões de mérito e com o dever da cooperação.

Note-se que a dinamização do ônus da prova é uma exceção à regra da distribuição estática, devendo ser determinada excepcionalmente, desde que haja impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela parte, e haja maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Ou seja, não pode o magistrado determinar a dinamização do ônus da prova diante da hipossuficiência probatória de uma parte em prejuízo da outra parte.

A dinamização do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (art. 373, §2º, CPC/15). Essa dinamização, então, há que ser ponderada, sendo vedada sempre que tornar impossível ou excessivamente difícil a desincumbência pela parte em desfavor de quem ocorre a inversão.

Obviamente, essa situação só pode gerar a modificação do ônus probatório se a prova que a parte tem dificuldade de produzir possa ser trazida pela parte contrária. Quando se modifica o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a modificação do ônus da prova significar a imposição de uma perda e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva, a modificação do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo, ou quando o autor tem condições de fazer prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo.

Mais: é evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a modificação do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, a modificação do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência. O

mesmo passa com a situação do autor, em relação aos fatos extintivos, modificativos e impeditivos. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. 2016).

Como qualquer medida excepcional, ao ser determinada, o magistrado deve pautar-se pela ponderação e razoabilidade, fundamentando sua decisão.

Acerca do momento processual para aplicação dessa dinamização do ônus da prova, a redação do §1º do art. 373 permite a compreensão de que se trata de regra de instrução, não podendo o juiz proferir a aplicação na sentença.

Outrossim, o CPC/15 prevê a possibilidade da distribuição do ônus da prova ser objeto de acordo entre as partes (inversão convencional), antes ou durante do processo, desde que respeitado os direitos indisponíveis, e não torne excessivamente difícil o exercício do direito da parte (art. 373, §§3º e 4º, CPC/15). Aqui, a inversão ocorre no momento da celebração do acordo entre as partes.

Além da inversão convencional do ônus da prova, o ordenamento jurídico pátrio admite a inversão legal que é aquela que decorre da lei (muito comum no direito consumerista, por exemplo nos artigos 12, §3º, e 14, §3º e 38, todos do Código de Defesa do Consumidor). Trata-se de uma exceção prevista na própria lei. Considera-se o momento de inversão do ônus da prova, nesse caso, desde a propositura da demanda.

c) Ônus da prova como regra de instrução e estado de dúvida do juiz

Conforme mencionado, a regra do ônus da prova impõe deveres instrutórios às partes e dirige o comportamento das mesmas. A parte que descumpriu seu ônus da prova, possivelmente receberá uma decisão desfavorável, salvo se o conjunto probatório constante nos autos convencer o juiz a pronunciar decisão favorável.

Isso significa que o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um julgamento desfavorável, mas aumento o risco de tanto.

Nessa perspectiva, é possível sustentar a utilização, em caso de dúvida, pelo juiz da regra do ônus da prova para julgar, ou seja, como regra de julgamento. Nesse sentido, após a fase de instrução probatória, caso não haja convencimento do magistrado e este permaneça em estado de dúvida, deve ser proferida decisão desfavorável à parte que tinha o ônus da prova e não se desincumbiu do mesmo.

Ora, por óbvio, se o autor alegou, mas não provou os fatos constitutivos de seu direito, e se não há nos autos outros elementos de convencimento, a decisão judicial deve ser desfavorável, sob pena de perpetuação de situação de injustiça para o réu.

Outrossim, o juiz também pode decidir, apesar da insuficiência de provas, com base na verossimilhança. O juiz que julga com base na verossimilhança das alegações não está em estado de dúvida, pelo contrário, está convencido da preponderância da verossimilhança, razão pela qual não há que se falar em aplicação da regra do ônus da prova no julgamento.

Note-se que o simples estado de hipossuficiência de uma das partes, principalmente do autor, não pode, por si só, ensejar preponderância da verossimilhança de suas alegações



com a conseqüente pronúncia de decisão favorável, sob pena de concessão de direito a quem não é seu titular.

7. VALORAÇÃO DA PROVA, MEIOS DE VALORAÇÃO E PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS

O assunto valoração das provas é de suma importância, pois de nada adianta a parte produzir várias provas, mas que ao final são consideradas de baixo valor probatório para o magistrado.

A valoração das provas significa conferir valores às provas constantes nos autos a fim de formar um convencimento sobre os fatos alegados. Assim, qualquer homem médio é capaz de valorar provas, uma vez que essa matéria não é afeta à seara jurídica.

Assim, no tocante à valoração das provas torna-se imperioso a análise de meios e sistemas de provas capazes de guiar o juiz e formar seu convencimento.

Nos primórdios do Direito, ouvia-se falar em ordálias e juízos de Deus. Trata-se de sistema probatório no qual a valoração das provas se dava através de testes físicos e consulta aos deuses. A evolução da sociedade e o afastamento entre direito e religião demonstraram que esse sistema era falho.

Posteriormente surgiu o sistema da prova legal ou prova tarifada, segundo o qual cada prova possui um valor atribuído pela lei e ao juiz cabe tão somente o exercício matemático de somar e computar os pontos de cada prova. A crítica a esse sistema reside no fato de que o mesmo privilegia a quantidade da prova em detrimento da qualidade. Atualmente, em alguns dispositivos legais, ainda é possível verificar a existência desse sistema (por exemplo, arts. 215 e 225 do CC/02; arts. 405 e 422 do CPC/15).

Em contraposição, surge o sistema do livre convencimento ou persuasão íntima, através do qual o juiz valora as provas em total liberdade. Nesse sistema, o magistrado atua em total liberdade, beirando inclusive a arbitrariedade, já que ele se vale tão somente do seu convencimento íntimo e não necessita justificar tal.

Surge então o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional. O juiz confere às provas a valoração que entender cabível de acordo com a formação do seu convencimento. Contudo, essa valoração não é livre, pelo contrário deve ser motivada e se ater aos fatos trazidos ao processo.

O sistema do livre convencimento motivado era plenamente adotado na vigência do CPC/73, pois era visto como o sistema que melhor facilitava a pronúncia de decisões justas. Ao mesmo tempo em que o magistrado pode formar seu convencimento de forma livre, analisando cada prova, conteúdo e qualidade, sem qualquer vinculação e tarifação, deve ele motivar suas decisões a fim de demonstrar uma persuasão racional e a ausência de arbitrariedades.

Na vigência do atual Código de Processo Civil, o tema não é pacífico no bojo da doutrina, conforme restará elucidado no próximo capítulo. Independente desses questionamentos, é certo que o CPC/15 manteve a adoção do princípio da comunhão das provas, segundo o qual o juiz apreciará

todas as provas constantes nos autos, independentemente da parte que a produziu (art. 371).

8. VALORAÇÃO DA PROVA E NOVO CPC

Conforme já ressaltado, o novo Código de Processo Civil apresenta um viés constitucional e conseqüentemente prima pela aplicação de princípios constitucionais. As diversas alterações e inclusões feitas no CPC/15 visam a primazia de uma prestação jurisdicional de qualidade, a busca e o alcance da verdade, a pronúncia de decisões judiciais justas e conseqüentemente favoráveis ao titular do direito.

Assim, alguns doutrinadores mais críticos salientam que o novo Código de Processo Civil adotou um modelo processual objetivo em detrimento do modelo subjetivo, a fim de evitar decisões de cunho mais íntimo, subjetivo, parcial, e tendencialmente menos justas.

Nessa seara, sustentam esses doutrinadores que o CPC/15 extinguiu o sistema do livre convencimento motivado. Para Lenio Luiz Streck (2016), a redação do art. 369 do CPC/15, ao suprimir a expressão “livremente” extinguiu o princípio do livre convencimento, eliminando a possibilidade de o juiz decidir de acordo com a livre apreciação da prova e o livre convencimento.

Por sua vez, Daniel Amorim Neves Assumpção (2016) entende que, apesar da supressão da expressão livre convencimento de outros termos assemelhados, o CPC/15 continua adotando o sistema do livre convencimento motivado. Isso porque, para o autor, esse sistema nunca permitiu a discricionariedade do juiz na análise da prova. O juiz sempre esteve adstrito a todo o conjunto probatório constante nos autos.

A livre valoração das provas significa tão somente dar a carga de convencimento a cada meio de prova presente no caso concreto. O juiz não está vinculado à carga valorativa prevista em lei. Desta forma, o novo CPC/15 repetiu o que já era previsto no diploma anterior.

Por outro lado, decisões proferidas com base em expressões vazias tais como “conforme a prova dos autos”, “diante do robusto conjunto probatório formado pela parte”, “as provas produzidas pela parte não deixam margem à dúvida”, além de nada terem a ver com as técnicas de valoração das provas, são nulas. Eram nulas na vigência do CPC/1973 e são nulas na vigência do Novo Código de Processo. (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. 2016).

9. OBJETO DE PROVA

Existem duas posições acerca do objeto da prova. Para a primeira corrente doutrinária, o objeto da prova é o alcance da verdade fática. São os fatos que devem ou não serem provados. Diferentemente, para outra parte da doutrina, o objeto da prova são as alegações de fato.

Contudo, verifica-se que o CPC/15 manteve o entendimento do CPC/73 e adota o primeiro entendimento no *caput* do art. 374 (não dependem de prova os fatos). Desta forma, são objetos da prova os fatos controversos, relevantes e precisos.



Vale ressaltar que o que está em foco é a prova dos fatos principais da causa. Os fatos secundários, impertinentes e irrelevantes à demanda posta em juízo não precisam ser objeto de prova, pois além de inúteis, em nada interferem no convencimento do juiz.

Os incisos do art. 374 do CPC/15 dispõe sobre os fatos que não necessitam de prova: os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, incontroversos, e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova.

10. PROVAS NAS AÇÕES ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

Afim de verificar o que foi exposto nos capítulos anteriores, tornam-se necessários alguns apontamentos feitos a partir de uma análise crítica de casos concretos, principalmente de decisões proferidas em primeira instância⁷, onde a fase instrutória ocorre em maior plenitude.

Ressalta-se que o estudo do direito probatório no bojo da primeira instância é relevante na medida em que é o juiz *a quo* quem possui a melhor condição de julgamento por estar diretamente em contato com as provas, participando da instrução.

a) Ações previdenciárias – aposentadoria rural

A Previdência Social no Brasil é eminentemente contributiva, razão pela qual somente fazem jus ao recebimento de benefícios previdenciários as pessoas que contribuam para o sistema (de maneira efetiva ou conforme presunções previstas em lei) e preencham os requisitos legais.

O art. 201, §7º, II prevê a possibilidade de aposentadoria com redução de idade para o trabalhador rural. Por sua vez, o art. 48 da Lei 8.213/91 define os requisitos necessários à aposentadoria por idade do rurícola.

Nesse sentido, temos que para o gozo da aposentadoria rural por idade é indispensável que o segurado preencha os seguintes requisitos cumulativos: a) qualidade de segurado; b) idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher e 60 (sessenta) anos, se homem e; c) comprovação do efetivo exercício de atividade rural, no período imediatamente anterior ao requerimento, em número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício.

É quanto a esse último requisito que os fatos se tornam controversos. Nesses casos, o objetivo das provas é a veracidade ou não do exercício da atividade rurícola (fato).

Ante o exposto, a jurisprudência posicionou-se, através de súmulas (Súmulas 6 e 14 da TNU), no sentido de que o exercício de atividade rural deve ser provado mediante início de prova material corroborada com outras provas. Contudo, esses enunciados de súmulas não podem ser tratados como premissas absolutas.

7 - A pesquisa jurisprudencial desta obra foi feita observando como recorte as decisões proferidas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Justiça Federal do Rio de Janeiro), bem como Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, e eventualmente STF e STJ, tendo em vista a região de atuação desta autora.

Do mesmo modo, acerca do recorte quantitativo, salienta-se que o objetivo da obra não foi apurar um grande número de decisões para fazer levantamento de dados e números, mas apenas selecionar algumas decisões judiciais para elucidar a aplicação prática do tema. Trata-se de simples amostragem.

O conjunto probatório deve ser analisado como um todo e o magistrado deve estar atento às peculiaridades do caso concreto, uma vez que a prova material não é prova plena e sua análise deve ser profunda.

Nesse sentido, vale elucidar os ensinamentos de José Antonio Savaris (2010):

A prova material é indiciária – e não prova plena – porque ela demonstra a existência de um fato relativamente próximo daquele que se deseja ter por comprovado em juízo. Tomemos um exemplo: na comprovação do exercício da atividade rural, é muito comum a adoção de documentos emitidos ao tempo do exercício da atividade que qualifiquem o segurado como lavrador. Esses documentos não provam a condição de lavrador, mas sugerem o fato, trazem a presunção de sua ocorrência, presunção está que será confortada ou robustecida por outros meios de prova (inspeção judicial ou prova testemunhal, por exemplo). Tanto mais forte será a presunção quanto mais próxima a prova material estiver da afirmação do fato que se deseja evidenciar. (SAVARIS, José Antonio. 2010).

Assim, vale trazer à baila sentenças que analisam, salvo melhor juízo, superficialmente essas provas:

Pleiteia o autor o benefício de aposentadoria por idade, na qualidade de segurado especial. O autor nasceu em 1953 e completou a idade exigida como requisito para concessão do benefício (60 anos) em 2013, por conseguinte, o período de atividade que deve ser comprovado, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, é de 180 meses, conforme o art. 142 da Lei nº 8.213/91.

Para comprovação desse tempo de serviço, a lei exige a apresentação de início de prova material.

Os documentos acostados enquadram-se como início de prova material de tais fatos. São eles:

a) Inventário de fls. 20/24, no qual o autor está qualificado como lavrador.

Ressalto que os documentos apresentados não precisam necessariamente referir-se a todo o período equivalente à carência do benefício, consoante Súmula n.º 14 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, que assim dispõe: “Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício”.

Ademais, o autor não é casado, o que dificulta a produção da prova documental.

Devo ressaltar também que a propriedade que o autor reside não está em seu nome ainda – inventário em andamento –, o que também dificulta a produção da prova. A prova testemunhal e o depoimento pessoal foram harmônicos. Por fim, destaco que o autor é pessoa com aparência de rurícola, o que se coaduna com todas as provas aqui produzidas.

Sendo assim, reconheço que o autor tem direito ao benefício pleiteado. Pelo exposto, julgo procedente o pedido, condenando o INSS à implantação – e pagamento dos atrasados entre a DIB e a DIP – do benefício aposentadoria rural por idade ao autor, [...] (Processo nº: 0107505-21.2016.4.02.5166 – Vara Federal de Macaé – TRF 2ª Região, em 28/09/2016) - **(Grifou-se)**



Infelizmente, no exemplo acima, o conjunto probatório não foi apreciado de forma plena. No caso, não existe início de prova material idônea, uma vez que a única prova do suposto exercício da atividade rural são poucas cópias de uma ação de inventário, na qual o próprio autor se declara como lavrador. Será que uma mera autodeclaração possui eficácia probatória?

Existem muitas sentenças bem fundamentadas que analisam todas as provas constantes nos autos. Mas, na maioria dos casos, observa-se que as provas não são apreciadas em sua totalidade e de forma plena.

Além disso, em alguns casos as decisões judiciais são fundamentadas em meras presunções em detrimento da fazenda pública e em transgressão das regras de distribuição do ônus da prova.

b) Ações trabalhistas – responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública

Acerca da responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública, dispõe o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Apesar da letra expressa da lei, firmou-se, no âmbito da Justiça do Trabalho, o entendimento jurisprudencial pela responsabilidade pura e simples da Administração Pública na qualidade de tomador de serviço (Enunciado de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho em sua redação original).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADC nº 16 declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, estabelecendo que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O TST então alterou seu Enunciado de Súmula nº 331 para se adequar ao julgado proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade, passando o inciso V da referida súmula apresentar a seguinte redação:

Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Ou seja, nas ações trabalhistas que envolvam terceirização (contratação de serviços) deve restar comprovada a falha ou falta de fiscalização do órgão público tomador de serviço para fins de responsabilidade subsidiária.

Ocorre que, na prática, o que se verifica é uma completa inversão do ônus da prova em detrimento da Fazenda Pública. É notório que a estrutura da Administração Pública em muitas vezes dificulta a plena produção de provas. Contudo, em vários casos, mesmo com a produção de prova documental que demonstre a fiscalização pelo ente público, estas são ignoradas e a

responsabilidade subsidiária é reconhecida. Vejamos:

[...] 8- A segunda reclamada impugna o pedido de responsabilidade subsidiária, invocando o art. 71 da Lei de Licitações. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, vedando a responsabilização da administração pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços, SALVO quando restar demonstrada a culpa in vigilando do ente público, tomador dos serviços. A própria Lei de Licitações, nos artigos 58, III, e 67, caput e § 1º, impõe à administração pública o dever de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações repassadas por meio do contrato licitado e, dentre elas, as obrigações trabalhistas.

No caso presente, a segunda reclamada juntou, dentre outros documentos, o contrato de prestação de serviços (f.224) e um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC de f.113/114⁸, comprometendo-se a pagar os salários de dezembro/15 e janeiro/16, de 252 empregados da primeira ré, mas isso não ocorreu em relação ao reclamante, conforme reconhecido à f.226/227.

Esses documentos, a rigor, não demonstram que a segunda reclamada tenha atuado em efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas por parte da prestadora dos serviços.

Note-se que as verbas rescisórias devidas aos empregados também se incluem como obrigação trabalhista decorrente destes contratos de prestação de serviço.

Note-se, ainda, que a segunda ré somente responderá pelos créditos trabalhistas ora deferidos **em caso de inadimplemento por parte da empregadora, o que demonstrará que não fiscalizou a contento a execução do contrato celebrado, o que caracteriza culpa in vigilando**, um dos pilares sobre os quais foi construído o entendimento jurisprudencial estampado na súm. 331/TST que ora aplico.

Nesse sentido, tenho por comprovada a culpa in vigilando da administração pública, devendo a segunda reclamada responder de forma subsidiária pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela primeira reclamada.

Por último, referido entendimento jurisprudencial não comporta benefício da ordem, de modo a excluir em primeiro lugar os bens dos sócios da primeira ré, sob pena de apenar a parte autora com maior demora em receber os direitos a que faz jus.

Nesse sentido, o pedido de chamamento dos sócios da primeira ré ao pólo passivo apresenta-se totalmente descabido, de modo que no inadimplemento, a execução será dirigida em face da segunda ré. Procede o pedido de responsabilização subsidiária da segunda reclamada em relação a todos os créditos deferidos nesse julgado.

A segunda reclamada responde subsidiariamente pelas parcelas pecuniárias deferidas ao autor, inclusive sobre eventual descumprimento de obrigação de fazer. (RTOrd nº 0101079-38.2016.5.01.0283 – 3ª Vara do Trabalho de Campos dos Goytacazes – TRT 1ª Região, em 07/03/2017). **(Grifou-se)**

[...] Da responsabilidade da 2ª reclamada:

Pretende, o reclamante, a declaração de responsabilidade subsidiária do 2º réu, sob o argumento de que lhe prestou serviços por todo pacto laboral.

8 - No referido processo constam outros documentos juntados pela Administração Pública e que demonstram a fiscalização. Tais documentos não foram mencionados na sentença citada, nem mesmo para fins de afastamento dos mesmos.



Ante os documentos juntados, contratos e termos aditivos, incontroverso que as reclamadas firmaram contrato por todo período contratual em que a parte autora laborou para a 1ª ré. Razão pela qual, presume-se que a 2ª ré se beneficiou da força de trabalho do obreiro por todo pacto laboral.

Quanto à regular fiscalização, a reclamada não juntou documentos a fim de provar o alegado. Conclui que não havia regular fiscalização enquanto o contrato do autor vigeu.

Após o julgamento da ADC 16 pelo STF foi encerrada a discussão quanto à constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93. Todavia, ainda assim, entendo que a segunda ré é responsável pelos créditos trabalhistas devidos à demandante, **por omissão culposa em relação à fiscalização de seus contratados - culpa in vigilando - pois houve o descumprimento de obrigações trabalhistas.**

A inidoneidade da prestadora de serviços, a má escolha e a deficiência na fiscalização / ausência de fiscalização adequada pela contratante, para fins de aplicação do entendimento adotado, prescindem de comprovação, sendo presumidas pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços, como foi o caso.

No que concerne ao disposto na Súmula Vinculante nº 10 do STF, ressalte-se que o entendimento jurisprudencial firmado no item V da Súmula 331 do TST está embasado na modalidade de culpa in e culpa, institutos jurídicos calcados nos arts. 927 do Código vigiando in eligendo Civil, e ainda na função social do contrato prevista nos artigos 421 e 2.035 do mesmo Código. Portanto, como já referido, não se trata de declarar a inconstitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666-93. A hipótese é de antinomia entre normas de mesma hierarquia, que se resolve mediante interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico.

Com apoio nesses fundamentos, reconheço a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ.

Registro que a responsabilidade subsidiária atinge, indistintamente, todos os títulos da condenação (Súmula 331, VI, do C. TST), mormente quando destinados a reparar o dano causado ao empregado em razão de ilícitudes cometidas no curso do contrato de trabalho, o qual só finda com o pagamento integral das parcelas devidas, inclusive rescisórias. (RTOrd nº 0012939-44.2015.5.01.0483 - 3ª Vara do Trabalho de Macaé - TRT 1ª Região, em 02/03/2017). **(Grifou-se)**

[...] DA RESPONSABILIDADE DAS RÉS

O artigo 455 da CLT fixou a responsabilidade subsidiária do empreiteiro principal em relação às verbas trabalhistas devidas pelo subempreiteiro.

Tal disposição tem sido aplicada analogicamente às demais situações de terceirizações lícitas pelo TST, conforme sedimentado em sua Súmula 331, segundo a qual o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (item IV).

No caso em tela houve comportamento negligente e omissivo da 2ª ré a permitir a lesão a direitos fundamentais da parte autora.

Isso porque não houve prova de fiscalização do contrato, juntando alguns documentos de suposta “fiscalização”, mas que em nada efetivou, de fato, análise dos inúmeros problemas contratuais. Assim, preenchidas as condições estampadas na ADC 16 e Súmula 331 do TST a ensejar a aplicação de subsidiariedade do ente público.

Assim sendo, condeno subsidiariamente 2ª ré em relação à 1ª ré. (RTOrd nº 0012344-48.2015.5.01.0482 – 2ª Vara do Trabalho de Macaé – TRT 1ª Região, em 09/11/2016).
(Grifou-se)

Ora, pela lógica do Processo Civil, o ônus da prova incumbe a quem alega, salvo situação excepcionais que justifiquem a inversão ou dinamização do ônus probatório que deve ser aplicada, presentes os requisitos necessários, em decisão fundamentada. Assim, em regra, quem deveria provar a responsabilidade da Administração Pública pela falta ou falha na fiscalização é a parte autora. Ocorre que na prática, esse ônus é imposto à Fazenda Pública.

Contudo, mesmo apresentando provas cujo ônus não lhe incumbe, a Fazenda acaba sendo condenada.

Em vários casos, a Fazenda Pública alega e comprova a devida fiscalização do contrato de prestação de serviços, demonstrando a realização de licitação e celebração de contrato, a designação de servidor específico para acompanhar e fiscalizar o contrato, a instauração de processo administrativo para apurar condutas lesivas da contratada e aplicar sanções, a celebração de termos de ajustamento de conduta, notificações, advertências, multas, retenção de valores, etc. Contudo, tais provas são sempre tidas como insuficientes.

A sensação é que de nada adianta. Nenhuma prova documental juntada aos autos é relevante. O depoimento pessoal sequer é considerado, na maioria dos casos.

Ao contrário da concepção ampla de contraditório, a contestação apresentada em nada influencia a decisão judicial final. A maioria das sentenças segue um modelo padrão.

De acordo com o Novo CPC, embora isso já fosse regra, as decisões proferidas pelo magistrado devem ser devidamente fundamentadas. Prevê o diploma processual que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Na maioria das sentenças trabalhistas, observa-se que a fundamentação da responsabilidade subsidiária é rasa, sem uma análise mais profunda das provas produzidas e a aplicação ao caso concreto específico. No tocante à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, o que parece é que tais decisões invocam motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão semelhante.

Ao desconsiderar uma prova, ou entender pela insuficiência da mesma, deve o magistrado fundamentar de forma clara e objetiva o porquê tal prova não é suficiente. Nesse sentido:

A ausência de informações, com efeito, repercute de maneira muito grave sobre o



contraditório, visto que as partes não terão condições de verificar se as provas produzidas foram efetivamente levadas em conta; perdem, ainda, a possibilidade de solicitar ao juiz esclarecimentos, ou mesmo correção de equívocos, quanto ao raciocínio probatório utilizado. (RAMOS, Vitor de Paula. 2016. p. 115-134).

Se o intuito do Supremo, ao julgar a ADC nº 16, era de afastar a generalização de casos em prol de uma investigação mais rigorosa pela Justiça do Trabalho acerca da causa principal da inadimplência (falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante ou não), aquele não foi alcançado, uma vez que se verifica que a instrução probatória não prima pela apuração da fiscalização, a qual é posta em segundo plano, inclusive com afastamento de documentos nesse sentido.

Assim, não foi por acaso que o assunto retornou ao STF. No dia 30 de março de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, que discute a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. O recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento, adotado na ADC nº 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Não há que se falar em presunção de culpa, mas sim em prova inequívoca da conduta omissiva ou comissiva da Administração Pública na fiscalização.

Desempate

[...] Seu voto (ministro Alexandre de Moraes) seguiu a divergência aberta pelo ministro Luiz Fux. Para Moraes, o artigo 71, parágrafo 1º da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) é “mais do que claro” ao exonerar o Poder Público da responsabilidade do pagamento das verbas trabalhistas por inadimplência da empresa prestadora de serviços.

No seu entendimento, elastecer a responsabilidade da Administração Pública na terceirização “parece ser um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como as concessões públicas”. O ministro Alexandre de Moraes destacou ainda as implicações jurídicas da decisão para um modelo de relação público-privada mais moderna. “A consolidação da responsabilidade do estado pelos débitos trabalhistas de terceiro apresentaria risco de desestímulo de colaboração da iniciativa privada com a administração pública, estratégia fundamental para a modernização do Estado”, afirmou.

Voto vencedor

O ministro Luiz Fux, relator do voto vencedor – seguido pela ministra Cármen Lúcia e pelos ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes – lembrou, ao votar na sessão de 8 de fevereiro, que a Lei 9.032/1995 introduziu o parágrafo 2º ao artigo 71 da Lei de Licitações para prever a responsabilidade solidária do Poder Público sobre os encargos previdenciários. “Se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas”, afirmou. “Se não o fez, é porque entende que a administração pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada” (Notícia publicada em 30/03/2-17 no site do Supremo Tribunal Federal – Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública – <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>).

Desta forma, o que se verifica é a necessidade de investigar eventual falha ou falta de fiscalização do órgão público tomador de serviço para fins de responsabilidade subsidiária. A instrução probatória deve ser ampla. As provas devem ser inequívocas. Não se trata de presunção de culpa da Administração Pública, e nem da aplicação do princípio do *in dubio pro operário*.

A Fazenda Pública possui direito à prova, contraditório e ampla defesa tanto quanto os particulares. Mesmo nos casos em que a Fazenda Pública seja parte, a instrução probatória deve ser ampla afim de alcançar a verdade e consequentemente decisões justas.

Por fim, vale ressaltar que a nova lei de terceirização possivelmente irá piorar esse cenário na medida em que permite a terceirização de atividades-fim (que são as atividades principais, de cunho finalístico da pessoa jurídica), além das atividades-meio, conforme §3º do art. 9º da Lei nº 13.429/17.

Em caso de inadimplência da contratante, prevê a nova lei que a tomadora de serviços deve responder subsidiariamente, dispendo o § 7º do art. 10 que a contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Com essa lei, possivelmente o número de contratações por empresa intermediária irá aumentar, e consequentemente as ações trabalhistas e as condenações por responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

11. CONCLUSÃO

Após o estudo do direito probatório é possível concluir que este não é apenas mais uma fase do processo. O direito probatório é um campo específico do direito cuja leitura e aplicação permite a concretização de direitos e princípios constitucionais.

Não é por outro motivo que o direito à prova é visto como um direito constitucional que decorre diretamente do contraditório e da ampla defesa. A instrução probatória tem pôr fim a busca da verdade, e para isso o contraditório deve ser oportunizado em seu sentido mais amplo (informação – reação – influência – cooperação).

O novo Código de Processo Civil ampliou a busca da verdade em prol da pronúncia de decisões judiciais justas através de uma prestação jurisdicional eficiente e de qualidade. Não basta que o judiciário preste uma atividade jurisdicional às partes. A verdade deve ser sempre buscada. As provas devem ser minuciosamente analisadas. O conjunto probatório deve ser levado em consideração como um todo.

Para isso, mais importante que o estudo dos tipos de prova (testemunhal, depoimento pessoal, pericial), é o estudo do princípio da liberdade das provas e sua aplicação prática. O processo civil admite as provas atípicas, na medida em que a busca da verdade de sobrepõe à instrumentalidade.

O modelo processual que se impõe visa o fim de decisões e condutas intersubjetivas e de cunho íntimo e pessoal. Tanto o juiz deve atuar objetivamente, quanto as partes devem pautar-se



pelos princípios da lealdade, boa-fé processual e cooperação.

Assim, a busca da verdade é de suma importância e somente a verdade permite a pronúncia de decisões justas e favoráveis ao titular do direito.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

AMADO, Frederico. *Direito Previdenciário*. 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17/03/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.213, da 24 de julho de 1991. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25/07/1991, republicado 11/04/1996 e republicado em 14/08/1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22/06/1993, republicado em 6/07/1994 e retificado em 6/07/1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31.3.2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). 1ª Vara Federal de Macaé. *Processo nº: 0107505-21.2016.4.02.5166*. Macaé, 28/09/2016. Lex: jurisprudência da JFRJ e TRF2. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/turmas-recursais/jurisprudencia-das-trs>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). *RTOrd nº 0101079-38.2016.5.01.0283*. 3ª Vara do Trabalho de Campos dos Goytacazes. Campos dos Goytacazes, em 07/03/2017; *RTOrd nº 0012939-44.2015.5.01.0483* – 3ª Vara do Trabalho de Macaé. Macaé, em 02/03/2017; *RTOrd nº 0012344-48.2015.5.01.0482* – 2ª Vara do Trabalho de Macaé. Macaé, em 09/11/2016. Lex: jurisprudência JT e TRT1. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/processo-judicial-eletronico>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>. Súmulas. Acesso em 30 ago. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *Súmulas 6 e 14*. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Súmulas. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 24.940-RJ (Informativo 536); EREsp 617.428-SP (Informativo 543); EREsp 422.778-SP*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Jurisprudência. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 16; RE 760931*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Jurisprudência. Acesso em: 30 ago. 2017.

DIDIER JR, Fredie (coord. geral), JOBIM, Marco Félix (coord.) e FERREIRA, William Santos (coord.). *Direito Probatório: Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, V. 270, p. 171-205, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v270.2015.58741>. Acesso em: 30 ago. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; SANTANA, Fabiano Barbosa de. Responsabilidade da união em sede trabalhista subsidiária, solidária ou objetiva?. *Revista Virtual da AGU*. Brasília, Nº 08, março, 2001. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/104462. Acesso em: 30 ago. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processual Civil Comentado*. Bahia: JusPodivm, 2016.

PALMITESTA, Mariana Aravechia. *Análise crítica da distribuição do ônus da prova*. 2015. p. 119. Dissertação de Mestrado - Direito Processual Civil. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual. São Paulo: 2015.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.



