



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

PROVA JUDICIÁRIA E VERDADE: ENFOQUE
CONSTITUCIONAL

José Eduardo de Melo Vilar Filho

Dissertação Apresentada ao Mestrado em Direito Público da Universidade Federal do Ceará – UFC como critério parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional).

Orientador: Prof. Dr. **Marcelo Lima Guerra**

Fortaleza – CE
2006

Esta Dissertação foi submetida ao Mestrado em Direito Público como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Mestre em Direito outorgado pela Universidade Federal do Ceará e encontra-se à disposição dos interessados na Biblioteca da Faculdade de Direito da referida Universidade.

A citação de qualquer trecho desta Dissertação é permitida, desde que seja feita de acordo com as normas científicas.

José Eduardo de Melo Vilar Filho

BANCA EXAMINADORA

Dr. Marcelo Lima Guerra - UFC
ORIENTADOR

Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana - UFC

Dr. Carlos César Souza Cintra - F. Christus

Dissertação defendida em 30 de agosto de 2006.

RESUMO

A prova judiciária e a busca da verdade no processo judicial são analisadas sob a perspectiva do modelo constitucional de processo. Primeiramente, são identificadas as disposições constitucionais referentes às provas, delimitando-se a sua natureza jurídica e modo de concreção. Em seguida, é analisada a relação entre processo e verdade. É, então, feito o cotejo entre o modelo constitucional de processo e o sistema infraconstitucional de prova judiciária, nos seus aspectos mais importantes, notadamente, no que se refere ao objeto e à valoração da prova, à iniciativa probatória do juiz, ao ônus da prova, à prova na antecipação de tutela, às limitações probatórias (provas legais e proibição de provas ilícitas), à prova emprestada e, por fim, aos efeitos da revelia em matéria probatória.

Palavras-chave: prova judiciária; verdade; princípios constitucionais; valoração da prova; ônus da prova; iniciativa probatória do juiz; prova equivocada; verossimilhança; prova ilícita; prova emprestada; revelia

ABSTRACT

The judicial evidence and the search for the truth in court are analyzed under the perspective of the constitutional standards of judicial procedure. At first, the constitutional norms related to evidence are identified, establishing its nature and its way of application. Following, it is analyzed the relationship between the judicial process and the truth. It is, then, compared the constitutional standards and the legal framework of judicial evidence, concerning its most important aspects, such as: the object and the evaluation of the evidence, the judge initiative in the production of evidence the burden of proof, the evidence required to grant provisional injunctions, legal limits about the production of evidence (legally imposed evidences and prohibition of producing evidence by illegal means), the usefulness of evidence produced in other procedures and, at last, the legal effects of the defendant's absence as regards to evidence.

Key-words: judicial evidence; truth; constitutional norms; evidence evaluation; burden of proof; evidence for provisional injunctions; likelihood; illegal means of evidence; evidence from other procedures; evidence and the defendant's absence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
<u>1 O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO</u>	<u>8</u>
1.1 NOÇÃO GERAL.....	8
1.2 O PROCESSO SEGUNDO VALORES: O CONTEÚDO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	10
1.3 NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS X REGRAS	13
1.4 A EFICÁCIA IMEDIATA DA NORMA JUSFUNDAMENTAL.....	19
1.5 O PROCESSO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	26
1.6 APLICAÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS (DIREITO E FATO): DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO.....	28
1.7 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A PROVA JUDICIÁRIA	32
1.7.1 ACESSO AO JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DO PROCESSO	33
1.7.2 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.....	36
1.7.3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	39
1.7.4 PROIBIÇÃO DE PROVA ILÍCITA.....	42
1.7.5 JUIZ NATURAL.....	43
<u>2 O PROBLEMA DA VERDADE NO PROCESSO.....</u>	<u>46</u>
2.1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	46
2.2 A VERDADE NO PROCESSO É A VERDADE FORA DO PROCESSO.....	47
2.3 AS ORIENTAÇÕES QUE SE CONTRAPÕEM À VERDADE NO PROCESSO	49
2.3.1 A IMPOSSIBILIDADE TEÓRICA	49
2.3.2 A IMPOSSIBILIDADE IDEOLÓGICA.....	52
2.3.3 A IMPOSSIBILIDADE PRÁTICA	55
2.3.4 RETÓRICA PERSUASIVA E SEMIÓTICA.....	56
2.4 VERDADE, VEROSSIMILHANÇA E PROBABILIDADE.....	57
2.4.1 A VERDADE: CORRESPONDÊNCIA RACIONALMENTE JUSTIFICADA ENTRE AS ALEGAÇÕES E OS FATOS.....	59
2.4.2 A VEROSSIMILHANÇA: CONSTATAÇÃO DE QUE UMA ALEGAÇÃO CORRESPONDE AO QUE USUALMENTE ACONTECE (<i>ID QUOD PLERUMQUE ACCIDIT</i>).....	61
2.4.3 A PROBABILIDADE: CONFIRMAÇÃO DE UMA ALEGAÇÃO POR UMA CONFIÁVEL INFERÊNCIA.....	65
2.5 PROBABILIDADE: A MEDIDA DA VERDADE	68
2.5.1 PROVAS DIVERGENTES E A PROBABILIDADE PREVALENTE.....	71
<u>3 ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS.....</u>	<u>74</u>
3.1 NOÇÃO PRELIMINAR DE PROVA: A PROVA EM SUAS TRÊS DIMENSÕES	74
3.2 OBJETO DA PROVA	76
3.3 CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA PROVA	82
<u>4 PRODUÇÃO DE PROVAS “EX OFFICIO”</u>	<u>87</u>
4.1 O MODELO CLÁSSICO DE PROCESSO DISPOSITIVO	87
4.2 INICIATIVA JUDICIAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA	88
4.2.1 SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO PRIVATISTA DO PROCESSO.....	88

4.2.2	A INICIATIVA PROBATÓRIA PELO JUIZ NO CPC	92
4.2.3	O PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ	95
4.3	A BUSCA DA VERDADE E A DILAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	100
5	<u>ÔNUS DA PROVA.....</u>	103
5.1	ÔNUS DA PROVA: NOÇÃO GERAL	103
5.2	ÔNUS OBJETIVO DA PROVA	104
5.3	ÔNUS SUBJETIVO DA PROVA.....	107
5.4	DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	108
5.5	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	110
6	<u>A “PROVA INEQUÍVOCA” DE “VEROSSIMILHANÇA” NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....</u>	120
6.1	ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	120
6.2	COGNIÇÃO SUMÁRIA E TUTELA DE URGÊNCIA	122
6.3	“PROVA INEQUÍVOCA” E “VEROSSIMILHANÇA”.....	123
7	<u>LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS.....</u>	129
7.1	O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO) E AS PROVAS LEGAIS.....	130
7.2	LIMITAÇÃO PROBATÓRIA PELO PROCEDIMENTO: MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO MONITÓRIA	133
7.3	PROVAS ILÍCITAS	138
7.3.1	PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	141
7.3.2	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	143
8	<u>PROVA “EMPRESTADA” E O DIREITO AO CONTRADITÓRIO.....</u>	147
8.1	CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA	147
8.2	O VALOR DA PROVA EMPRESTADA	148
8.3	CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE.....	150
9	<u>EFEITOS DA REVELIA EM RELAÇÃO À PROVA</u>	155
9.1	EFEITOS PROCESSUAIS	155
9.2	EFEITO MATERIAL (REVELIA E PRESUNÇÃO DE VERDADE)	156
9.3	CONTRADITÓRIO DO RÉU REVEL	164
	<u>CONCLUSÕES.....</u>	167
	<u>REFERÊNCIAS</u>	177

INTRODUÇÃO

Dentre os assuntos que a teoria do processo envolve, um dos mais instigantes é o referente à verdade e aos mecanismos escolhidos pelo sistema para a sua descoberta dentro do processo. A questão ganha ainda mais relevância quando se coloca em evidência a incidência das normas constitucionais referentes ao devido processo legal.

A análise desses três temas (devido processo legal, verdade e prova) e como eles se relacionam no processo moderno, é de extrema relevância para o operador do direito no desenvolvimento da atividade de concreção da norma jurídica realizada pelo Poder Judiciário ao prestar a jurisdição.

Os princípios constitucionais do processo, em virtude de sua força normativa, orientam não só o legislador, na sua tarefa de editar leis, mas também o aplicador dessas leis, que deve fazer interpretações sempre pautadas nessas disposições constitucionais.

Portanto, tem o presente trabalho a finalidade de analisar a incidência dos princípios constitucionais do processo sobre a atividade jurisdicional de busca da verdade por meio do sistema probatório hoje existente na legislação infraconstitucional.

Inicialmente, veremos o modelo constitucional do processo, à luz do pós-positivismo jurídico, de modo a identificar a sua repercussão no processo, especialmente no pertinente ao tratamento da verdade e ao sistema probatório.

Nesse ponto, três questões principais devem ser resolvidas. A primeira corresponde ao conteúdo do modelo constitucional de processo, a segunda refere-se a sua particular eficácia no ordenamento jurídico e a terceira alude ao tratamento da busca da verdade dentro do modelo axiológico posto na Constituição Federal de 1988.

Em seguida, analisaremos a possibilidade de o processo produzir decisões fundadas na verdade, bem como estabeleceremos tecnicamente o

conceito de vocábulos cuja precisão terminológica faz-se de suma importância para a correta aplicação, pelo operador do direito, do sistema probatório. São eles: verdade, verossimilhança e probabilidade.

Passaremos, então, a analisar os principais institutos do sistema probatório fazendo uma leitura dos mesmos sob a lente do modelo constitucional de processo.

Assim é que após as considerações propedêuticas dos capítulos 1 (*o modelo constitucional de processo*) e 2 (*o problema da verdade no processo*), procederemos a analisar os aspectos gerais das provas (capítulo 3), aí incluídos o conceito de prova, o seu objeto e, ainda, os critérios para a sua valoração.

Em seguida, analisaremos a produção de provas por iniciativa judicial (capítulo 4), o instituto do ônus da prova (capítulo 5), a prova inequívoca e a verossimilhança na antecipação de tutela (capítulo 6), as limitações probatórias (capítulo 7), a prova emprestada (capítulo 8) e os efeitos da revelia em relação à prova (capítulo 9), para finalmente, no capítulo 10, assentaremos as conclusões do presente trabalho.

1 O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

A análise da problemática da prova e da verdade no processo jurisdicional deve partir do estudo dos regramentos constitucionais acerca do processo, eis que é na constituição que encontramos a unidade substancial do sistema, seus fundamentos de validade e seu norte hemenéutico¹.

Assim, principiámos nosso estudo com considerações acerca do modelo constitucional de processo².

1.1 NOÇÃO GERAL

O modelo constitucional de processo está, em regra, concentrado no que se convencionou chamar de princípio do devido processo legal, também denominado de cláusula do processo justo ou do processo eqüitativo.

O referido princípio encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão expressa na Constituição Federal, notadamente no inciso LIV do artigo 5º, berço topográfico dos direitos e garantias fundamentais.

Além do dispositivo constitucional, encontramos previsão do devido processo legal também nos tratados internacionais cujo Brasil é signatário,

¹ “Com efeito. As diversas disciplinas jurídicas apenas por comodidade didática são apreciadas separadamente, porém em verdade constituem parcelas de um todo uno e coerente, cujo supedâneo formal e substancial é o Direito Constitucional, que lhes fornece a garantia dos fundamentos e permite o entendimento dos institutos em seu verdadeiro sentido.” (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4).

² O objetivo do presente trabalho é estabelecer uma leitura dos institutos processuais da prova em face da Constituição Federal de 1988, de modo que a expressão “modelo constitucional do processo”, sempre que utilizada no texto, deve ser entendida como o modelo constitucional de processo judicial estabelecido na Constituição Federal de 1988.

conforme se verifica do art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³.

A cláusula do *due process of law* passou, desde sua origem, por um grande processo de evolução, deixando de se projetar apenas sobre o processo judicial *tout court*, o que ficou conhecido como *process with small scope*, para ser compreendido “como um processo político valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais”⁴, denominado de *process with large scope*.

O conteúdo desse devido processo legal de largo alcance (*large scope*), notadamente no que se diz com o significado da palavra “devido” na expressão semântica “devido processo”, foi tratado pela doutrina americana em duas concepções distintas⁵.

A concepção adotada pela teoria processual (*process oriented theory*), que poderia também ser designada como a teoria do processo devido por qualificação legal, sustentava que para a existência de um devido processo, bastava a observância das normas legais no procedimento destinado a privar uma pessoa de seus direitos fundamentais de vida, liberdade e propriedade, sem que se fizesse um juízo de valor sobre a qualidade das normas que disciplinavam o processo.

Já a teoria substantiva preconiza um processo legal, justo e adequado, orientado, sobretudo, pelos valores constitucionalmente consagrados (*value-oriented theory*). Canotilho observa que, de acordo com esse entendimento, o processo deve ser materialmente informado pelo princípio da justiça, que deve permear não só o procedimento tendente a privar alguém de seus direitos

³ Art. 8º *Garantias judiciais*. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493.

⁵ Confira, por todos: Ruitemberg Nunes Pereira. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

fundamentais de vida, liberdade e propriedade, como também as leis que dispõem sobre vida, liberdade e propriedade, que não devem transportar em si a injustiça privando alguém de seus direitos fundamentais⁶.

1.2 O PROCESSO SEGUNDO VALORES: O CONTEÚDO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A partir do entendimento de que o devido processo legal determina a realização de um processo orientado por valores, é difundida, de modo geral, a idéia de que o princípio do devido processo legal é uma cláusula *mater* da qual nascem todos os demais valores que devem orientar a realização do processo.

Nelson Nery Júnior chega a afirmar que:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.⁷

De acordo com esse pensamento, o princípio do devido processo legal teria um conteúdo próprio, que independeria de quaisquer outras disposições constitucionais, as quais estariam no texto da carta magna apenas por prolixidade ou excesso de zelo do legislador constituinte.

⁶ Canotilho observa, ainda, que: “Os objetivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou disposições ‘estatutárias’. O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (‘privado da vida, liberdade e propriedade’) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a ‘injustiça’ privando uma pessoa de direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 494).

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

Uma leitura diferente do texto constitucional, contudo, pode e deve ser feita. A fórmula lingüística do devido processo legal, com efeito, não tem um significado a priori determinado. Ao contrário, o conteúdo semântico da expressão devido processo legal é extraído dos demais valores constitucionalmente previstos. Assim, o devido processo legal não corresponde a um valor a ser autonomamente perseguido, mas sim a uma cláusula geral que assegura aos sujeitos de direito a preservação de sua vida, liberdade e patrimônio, ante as invasões que nelas se façam sem o respeito a certos valores indicados na própria constituição.

A expressão devido processo legal corresponde, pois, a um grupo de garantias que deve informar o processo⁸. A identificação dessas garantias não se dá, contudo, na própria expressão lingüística do devido processo legal, mas através de outros dispositivos constitucionais que consagram valores que lhe dão conteúdo.

Podemos dizer, assim, que a expressão devido processo legal corresponde a uma “moldura em branco”, cujas cores que determinam o seu conteúdo serão dadas por cada ordenamento jurídico em que a expressão for usada.

Eis porque encontramos conjuntos muito distintos de valores consagrados dentro da mesma expressão, como também verificamos a

⁸ É corrente a distinção, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, em direitos e garantias. Os direitos representam por si só certos bens, ao passo que as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens, pelo que se afirma que os direitos são principais e as garantias acessórias. Para os fins do presente trabalho, contudo, a referida distinção não se faz relevante, pelo que se passa ao largo da mesma, utilizando-se, indistintamente, as expressões direitos fundamentais e garantias fundamentais. A respeito da distinção, ver por todos, Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000. e, especificamente sobre o tema na ótica processual, Francisco Gérson Marques de Lima. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros. 2002.

aplicação da mesma expressão a sistemas processuais substancialmente divergentes⁹.

Assim, devemos descartar qualquer possibilidade de se estabelecer *in abstracto* o conteúdo do devido processo legal, o que somente poderá ser feito no contexto do ordenamento jurídico em que tal princípio for incluído.

O conteúdo semântico do 'devido processo legal' é determinado, pois, pelos valores constitucionais que se referem ao processo e pelos demais valores implícitos nos primeiros ou deles deriváveis¹⁰, bem como, por aqueles fundamentais a todo o ordenamento jurídico e não apenas ao sistema processual, como é o caso do princípio da isonomia.

⁹ Gregório Robles observa que a qualificação de certos direitos como direitos fundamentais depende de cada ordenamento jurídico, que ao positivá-los, lhes atribui certo *status* especial: "Una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquiriendo categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, pasan a ser 'derechos fundamentales' en un determinado ordenamiento jurídico. Ahora bien, esto solamente sucede cuando dicho ordenamiento les dota de un *status* especial que les hace distintos, más importantes, que los demás derechos. Si no fuera así no había modo de distinguir los derechos fundamentales de aquellos otros que son, por decirlo así, derechos corrientes. Cuáles sean tales derechos fundamentales es una cuestión que cada ordenamiento jurídico resuelve a su manera, normalmente mediante la especificación de los mismos en la Constitución en la que también se prevé un tratamiento especial para ellos. Así pues, la determinación de los derechos fundamentales en el seno de un ordenamiento jurídico no es una tarea que haya de dejarse a la libre especulación, sino que solo es posible atendiendo a las disposiciones del ordenamiento en cuestión." (ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales e la ética em sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995, p. 20)

¹⁰ Afrânio Silva Jardim observa que: "Sem que tenhamos intenção de esboçar uma classificação dos princípios processuais, forçoso é reconhecer que da adoção de determinado princípio mais geral decorre necessariamente a consagração de vários outros particulares, vale dizer como Jorge Peyrano, existem princípios menores que podem ser chamados de princípios conseqüências." (JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982, p. 107).

Tratando do fenômeno especificamente no que concerne aos direitos fundamentais, poderíamos dizer que a compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais possibilita o desenvolvimento de princípios decorrentes do sistema de garantias fundamentais consagrados na Constituição, conforme, inclusive, previsão do artigo 5º, § 2º. Nesse sentido, Canotilho observa que a idéia de fundamentalidade material fornece suporte para "(1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP art. 16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379)

Mesmo sem um conteúdo semântico previamente determinado, a cláusula do 'devido processo legal' desenvolve importante papel na sistemática processual, pois é responsável por conferir unidade ou sistematicidade às normas constitucionais que tratam de processo. E, por meio dessa unidade, é que se estabelece um modelo constitucional de processo único, que deverá servir de balizador ao legislador infraconstitucional na criação das diversas espécies processuais e de norte interpretativo ao juiz no desenrolar empírico de tais espécies processuais.

1.3 NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS X REGRAS

Uma vez estabelecido que o modelo constitucional de processo, cuja unidade se expressa pelo 'devido processo legal', é composto de um conjunto de normas constitucionais que lhe dão conteúdo, as quais correspondem a verdadeiros direitos fundamentais, faz-se necessário estabelecer a distinção entre as diferentes espécies normativas e sua forma de aplicação. A partir do que podemos estabelecer uma adequada compreensão acerca do modelo constitucional de processo.

Essa necessidade é posta em evidência ainda maior pelas reflexões de Marcelo Lima Guerra:

O insigne constitucionalista português, Jorge Miranda, em palestra recentemente proferida na Universidade Federal do Ceará, profetizou que o advento dos direitos fundamentais, tal qual hodiernamente se concebe tal categoria, inicia-se uma autêntica 'revolução copernicana' no mundo jurídico. Tal imagem é, sem dúvida, de singular felicidade, pois assim como a cosmologia de Copérnico significou uma ruptura com aquela então vigente, baseada nas idéias de Ptolomeu, transferindo o centro do Universo da Terra para o Sol, com a positivação recente dos direitos fundamentais, e as teorizações sobre eles realizadas no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo de influência alemã, o centro do universo jurídico deixa de ser a *lei* (entendida, principalmente, como a produção normativa infraconstitucional), posição que passa a ser ocupada pelos próprios direitos fundamentais. Com isso coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, *enquanto direito*

positivo, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais.

(...) O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma *nova categoria jurídica*, é precisamente, a *força jurídica reconhecida a tais valores*. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos os direitos fundamentais o *novum* que os identifica como uma categoria jurídica específica.¹¹

Os direitos fundamentais são elementos constitutivos do Estado de Direito e elementos básicos de realização do princípio democrático devendo ser considerados, portanto, verdadeiros princípios do Estado Democrático de Direito, correspondendo a uma densificação daquele ‘princípio fundamental geral’, de respeito à dignidade humana¹².

Importante, contudo, ter em conta que a palavra princípio é polissêmica, sendo, pois, usada em diversas acepções¹³. Paulo Bonavides indica seis diferentes modos em que a palavra princípio é empregada: início, fundamentação, guia de interpretação, etc.¹⁴.

Assim, se a classificação dos direitos fundamentais como princípios for vista não sob a acepção de fundamento, mas sob a perspectiva da estrutura lógica das normas, de acordo com doutrina de Robert Alexy, que classifica as normas em princípios ou regras de acordo com sua estrutura, verifica-se que

¹¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Os direitos fundamentais do credor na execução*. São Paulo: RT, 2003, p. 82-83. Reflexão semelhante é feita por Paulo Bonavides, quando observa que: “A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente se converteu no coração das Constituições.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 253)

¹² “Embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentem ligação direta com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir que ‘os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.’ (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 116).

¹³ Conferir, por todos: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 230-231.

nem todas as normas definidoras de direitos fundamentais têm estrutura de princípio. Com efeito, conforme adverte o próprio Alexy, existem direitos fundamentais com estrutura de regras e direitos fundamentais com estrutura de princípios¹⁵.

Incorporando, assim, as idéias de Robert Alexy, podemos dividir as normas jurídicas segundo o critério de sua estrutura lógica, em duas categorias jurídicas: regras e princípios.

As regras possuem uma *estrutura fechada*, em que determinada conduta vem qualificada como obrigatória, proibida ou permitida. Assim, uma regra associa determinada consequência jurídica a certas condições fáticas que indica, de modo que uma vez ocorrendo as tais condições fáticas, a prescrição jurídica da regra incide concretamente, ensejando as consequências jurídicas nela previstas.

Os princípios, por sua vez, são normas dotadas de *estrutura aberta*, que ao invés de determinarem condutas específicas, comandam a realização de algo na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades jurídicas e fáticas, pelo que foram nomeados, por Alexy, de “mandamentos de otimização”¹⁶.

Tanto as regras quanto os princípios são, contudo, normas jurídicas. A identificação da existência de uma norma jurídica é determinada pelo conteúdo lingüístico de determinados atos estatais. Assim, os atos estatais que prescrevem condutas podem ser considerados normas jurídicas, gênero do qual princípios e regras serão espécies, classificadas de acordo com a sua estrutura lógica. As regras com estrutura fechada e os “mandamentos de otimização” com estrutura aberta.

Essa diferença estrutural ensejará outras diferenças. A mais marcante destas é a que se refere ao modo de aplicação dos princípios. Esses

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 98.

¹⁶ Idem.

mandamentos de otimização, diferentemente das regras, podem ser cumpridos em diferentes graus, o que dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo as últimas determinadas a partir da análise dos princípios e regras opostas.

Nesse sentido, Alexy esclarece:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.¹⁷

As regras, por determinarem uma conduta específica, aplicam-se pelo mecanismo da subsunção (infra item 1.5), na base do *all-or-nothing*. Presente a estrutura fática exigida pela norma, deve-se aplicar, por inteiro, a consequência jurídica nela estabelecida. Ausente o arcabouço fático exigido, não se aplica a norma, *tout court*.

Os princípios, ao contrário, não têm sua aplicação determinada pelo mecanismo da subsunção, o que seria de todo impossível, dado o caráter aberto da norma princípio, que não prevê uma situação de fato autorizadora da incidência da norma, mas apenas comanda, *in abstracto*, a realização de certo valor, sem indicar a conduta que deve ser adotada¹⁸.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86.

¹⁸ Reportando-se à Alexy, Paulo Bonavides assevera que “o critério gradualista-qualitativo de Alexy não se acha contido, conforme ele mesmo declara, na lista dos critérios referidos, mas explica a maior parte daqueles até então tradicionais e que se reputavam decisivos. Ponto determinante desse critério – entendidos os princípios como ‘mandamentos de otimização’ (*optimierungsgebot*) – é o reconhecimento de que eles são normas. Mas normas de otimização, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas. Daqui resulta, segundo ele, que a esfera das possibilidades jurídicas se determina por princípios e regras de direção contrária. Por outro lado, as regras, prossegue Alexy, são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos”. (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 250).

Assim, a norma princípio aplica-se por meio da ponderação. Ao aplicar um princípio, o operador verificará quais são as possibilidades fáticas e jurídicas da concretização do valor por ele tutelado, bem como quais são os diversos meios que possui para realizar tal valor. Após esse mapeamento, terá que escolher, por meio de uma atividade valorativa, qual dos vários caminhos possíveis deverá ser adotado para realizar, com a máxima otimização, o valor tutelado pela norma princípio.

Essa distinção existente no método de aplicação dos princípios e das regras, que em última instância decorre da diferença entre suas estruturas lógicas, fica em evidência, também, quando estamos diante de um conflito entre normas jurídicas, i.e., de uma antinomia.

As regras, como dito, têm aplicação com base no *all-or-nothing*, de modo que o conflito porventura existente entre duas regras ensejará a aplicação de apenas uma delas, com a exclusão total e por inteiro da outra. A regra que, dentre as conflitantes, irá prevalecer, será determinada a partir da aplicação das máximas de solução de antinomias, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. Desse modo, a regra especial prevalece sobre a regra geral; a regra mais recente afasta a regra mais antiga; e a regra de maior hierarquia prepondera sobre a de menor hierarquia.

Já o conflito entre princípios nunca acontece em circunstâncias puramente abstratas, pois não contendo previsões específicas, mas, simplesmente, reconhecendo fins, somente no momento de serem concretizados, os princípios podem entrar em colisão¹⁹. Quando isso acontece, a solução dessa antinomia deve compatibilizar ambos os princípios em conflito, de modo a que, mantendo-os igualmente válidos, dê prevalência temporal e especificamente delineada a um deles, mantendo-se íntegro o seu núcleo essencial.

¹⁹ Alexy observa que: “Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tesiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principio contrapuestos, es decir hay que esablecer relaciones de preferencia” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 133).

Nesse sentido, esclarece Willis Santiago Guerra Filho:

A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia.²⁰

Trata-se de garantir a eficácia dos princípios como mandamentos de otimização, realizando-se os valores neles consagrados na máxima medida dentro do fática e juridicamente possível.

Com efeito, enquanto o conflito de regras se desenvolve na dimensão da validade, que se determina pela aplicação das regras de solução de antinomias, os conflitos entre princípios ocorre não na dimensão da validade, mas sim na dimensão do peso, ou seja, do valor, até porque somente princípios válidos podem colidir.

O princípio da unidade da Constituição implica que a determinação do peso de cada princípio somente poderá ser realizada no caso concreto, a partir da aplicação da regra da proporcionalidade²¹.

De acordo com a regra da proporcionalidade²², tem-se a verificação de qual princípio irá prevalecer, de modo pontual e temporalmente determinado,

²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 54.

²¹ “Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372).

²² Adotando-se a teoria de Alexy, teríamos que reconhecer que o chamado princípio da proporcionalidade é na verdade uma regra de proporcionalidade, pois, como veremos, ele não faz referência a um fim a ser alcançado ou um valor a ser buscado. Muito ao contrário. Ele encerra um conjunto de regras que estabelecem deveres definitivos e aplicáveis pelo mecanismo da subsunção.

Nesse sentido, o próprio Alexy observa: “la máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 112). Contudo, é bastante difundida a referência à regra da proporcionalidade como princípio da proporcionalidade. Marcelo Lima Guerra observa que “a opção por tal terminologia reflete, de um lado, a intensa

no conflito com outro princípio. A identificação do princípio de maior peso no caso concreto, pois, será realizada pela aplicação das três regras parciais da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (infra item 7.3.2).

Em todo caso, contudo, o princípio prevalente não ocasionará o afastamento total e definitivo do princípio de menor peso para a situação concreta em análise. Este deverá sempre ser preservado em seu núcleo essencial.

1.4 A EFICÁCIA IMEDIATA DA NORMA JUSFUNDAMENTAL

A distinção entre regras e princípios ganhou especial importância, como dito, com o pós-positivismo. Com efeito, o pós-positivismo foi responsável pela atribuição de força normativa aos princípios em grau constitucional, atribuindo-lhes papel preponderante no ordenamento jurídico e libertando-os da dependência da lei.

Sobre o assunto, Paulo Bonavides noticia:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Havard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

[...] Dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direitos, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma

polissemia do termo 'princípio' e, de outro lado, a intenção do interprete em caracterizar as prescrições referidas por aquela expressão como 'disposições fundamentais' do sistema, ressaltando assim o seu caráter vinculativo e não meramente hermenêutico" (GUERRA, Marcelo Lima. *Os direitos fundamentais do credor na execução*. São Paulo: RT, 2003, p. 91).

constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.²³

De fato, com o pós-positivismo, os princípios deixam de ser mera *ratio legis*, para se constituir na própria norma de direito positivo, com força normativa. Daí porque se faz necessário identificar o modo de implementação prática dos princípios, uma vez que passam a ser tidos como normas preceptivas. Nesse sentido é a dicção do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”²⁴.

O problema aparece justamente quando se supera a necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional para a concretização de direitos fundamentais que possuam estrutura de princípios²⁵. Com efeito, compete ao operador do Direito, mesmo na ausência de comando legislativo infraconstitucional, concretizar os direitos fundamentais pela via da aplicação direta. Ocorre que, sendo a norma princípio um mandamento de otimização,

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 237-238.

²⁴ Sobre o assunto, observa Paulo Gustavo Gonet Branco: “Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que somente ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. Essa preocupação liga-se à necessidade de se superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que se protegiam os direitos fundamentais por meio de regulação da lei, expondo esses direitos ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador. (...) Agregou-se à lição da História o prestígio do axioma de que a Constituição – incluindo os preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, como é o caso do Poder Legislativo - não podendo portanto ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos. Além da Lei Fundamental alemã (art. 1º, n. 3), outras constituições, que também se seguiram a períodos históricos de menoscabo dos direitos fundamentais, adotaram, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Assim, na Espanha (art. 33) e em Portugal (art. 18). A constituição brasileira de 1988 filiou-se a essas tendências conforme se lê no §1º do art. 5º do Texto...” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 133-134)

²⁵ Sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais, explica Marcelo Lima Guerra: “Ora, os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípios. Mais ainda: tais normas situam-se no ápice da pirâmide normativa, ou seja, ocupam a posição hierárquica mais elevada do ordenamento. Dessa forma, impõe-se reconhecer que os direitos fundamentais são juridicamente exigíveis, vale dizer *justiciáveis*, e que, para tanto, não podem estar a depender de normas de posição hierárquica inferior àquelas que o prevêem. Superada, assim, a subordinação dos direitos fundamentais à intervenção do legislador infraconstitucional”. (GUERRA, Marcelo Lima. *Os direitos fundamentais do credor na execução*. São Paulo: RT, 2003, p. 86).

cujo conteúdo não prescreve condutas específicas, mas sim comanda a realização de algo na máxima medida possível, fica o questionamento de saber-se por meio de quais condutas se dará a implementação daquele algo consagrado na norma jusfundamental.

A esse respeito, observa Paulo Bonavides, referindo-se aos ensinamentos de Alexy:

Tanto as regras como os princípios também são normas, escreve ele, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamentos, permissão e proibição.

Assevera, em seguida, o insigne Jurista que os princípios assim como as regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, embora sejam fundamentos de espécie mui diferente.²⁶

É certo, contudo, que nem todos os direitos fundamentais são passíveis de aplicação imediata. Os direitos fundamentais de segunda geração²⁷, identificados como aqueles direitos à prestação, que tem por objetivo promover, por meio do Estado, a igualdade material, sujeitam-se à reserva do possível, ficando, por vezes, subordinados à valoração política do legislador

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 249.

²⁷ “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração e até mesmo de uma quinta e sexta geração. Num primeiro momento, é de ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, o que se chama de ‘fantasia da chamadas gerações de direitos’, que além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo em princípio, consenso no que diz como conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54).

infraconstitucional acerca das limitações materiais existentes na implementação do valor consagrado no mandamento de otimização.

Sobre o assunto, vale a leitura das palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

os direitos a prestação material têm a sua efetivação sujeita às condições, em cada momento, da riqueza nacional. Por isso mesmo, não seria factível que o constituinte dispusesse em minudências, de uma só vez, sobre todos os seus aspectos. Por imposição da natureza do objeto dos direitos a prestação social, o assunto é entregue à conformação do legislador ordinário, confiando-se na sua sensibilidade às possibilidades de realização desses direitos em cada momento histórico.

Os direitos a prestação peculiarizam-se, sem dúvida, por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm a ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível de influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

(...)

A satisfação desses direitos é deixada, no regime democrático, primacialmente ao descortino do legislador. Não cabe, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não-originais a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações matérias já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político e, não, judicial. Compreende-se, assim, que, por exemplo, do direito ao trabalho (art. 6º da Constituição) não se deduza um direito subjetivo do desempregado, exigível em juízo a que o Estado lhe proporcione uma posição no mercado de trabalho.²⁸

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 146-147.

Contudo, o STF tem, em certos casos, aceito a possibilidade de o Poder Judiciário, de modo excepcional, determinar a implementação dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Nesse sentido, colhe-se do Recurso Extraordinário 436.996, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJU de 03.02.2006:

(...)

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, excepcionalmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade dos direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Afinal, conforme assentado no referido precedente do STF, a cláusula da reserva do possível não pode ser oposta pelo Estado para frustrar, fraudar ou inviabilizar o estabelecimento e a preservação das condições mínimas de existência:

(...)

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Entretanto, mesmo esses direitos à prestação, que não sejam diretamente alcançáveis sem a intervenção legislativa, isto é, que sejam

desprovidos de eficácia positiva ou simétrica²⁹, preservam um grau de eficácia mínima, não sendo, pois, desprovidos completamente de eficácia. De início, revogam normas anteriores incompatíveis com os programas de ação destinados a atender seus comandos, e, ainda, podem ser utilizados, de logo, como parâmetro de controle de constitucionalidade em relação às medidas restritivas desses mesmos direitos (eficácia negativa).

Além dessa eficácia defensiva³⁰, essas normas podem ser imediatamente aplicáveis como modelo interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico (eficácia interpretativa).

Abstraindo-se o caráter prestacional de algumas normas, cumpre observar que, em sua grande maioria, mesmo tendo estrutura de princípio, as normas de direito fundamental comportam aplicação direta pelo operador do direito. E, em relação a essa aplicação direta, põe-se a problemática de definir a conduta que atende ao comando posto na norma principiológica, que corresponde à realização do valor nela consagrado, na maior medida possível.

²⁹ Seu objeto é “reconhecer àqueles que seriam beneficiados pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão -, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário. Como se vê, um pressuposto para o funcionamento adequado dessa modalidade de eficácia é a identificação precisa dos efeitos pretendidos por cada princípio constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 367).

³⁰ As normas que consagram direitos fundamentais têm, na classificação de Canotilho, quatro funções distintas: (a) *Função de defesa* dos cidadãos, que assume duas perspectivas diferentes: no plano jurídico-objetivo, a de competência negativa para os poderes públicos, de modo a proibir a ingerência destes na esfera jurídica individual do cidadão e; no plano jurídico-subjetivo, a de poder exercer positivamente os direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões por parte dos mesmos, no que chama, respectivamente, de liberdade positiva e liberdade negativa. (b) *Função de prestação social* dos direitos fundamentais, que corresponde a dizer que, tendo o particular o direito de obter algo por intermédio do Estado, este deve propiciar meios para que o particular obtenha o que lhe é devido, como, p. ex., saúde, educação, segurança, justiça. (c) *Função de proteção contra terceiros*, que significa a obrigação de o Estado proteger os titulares dos direitos fundamentais perante terceiros. Assim, da garantia constitucional de um direito, resulta para o Estado o dever de protegê-lo perante atividades perturbadoras ou lesivas de terceiros, de modo a propiciar o seu livre exercício. (d) *Função de não discriminação*, a qual assegura que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais em relação aos seus direitos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-410).

Portanto, cabe definir quais os meios autorizados pela norma princípio para a realização de seu fim, isto é, para a implementação do valor em si consagrado.

A solução do problema encontra-se na máxima de que “quem quer os fins dá os meios”. Assim, se a norma princípio determina como fim a realização de um valor nela consagrado, a mesma norma comanda, simultaneamente, a utilização dos meios destinados a viabilizar a sua realização e proíbe aqueles que a impeçam.

Assim, o conteúdo do princípio, que comanda a realização de um fim qualifica, no plano deontico, inumeráveis condutas como permitidas, obrigatórias ou proibidas, prescrevendo-as como meios adequados à realização do fim que consagra.

Nesse sentido, Marcelo Lima Guerra esclarece:

Com efeito, se pode dizer, com Von Wright, que ‘il voler conseguire un fin implica il voler usare i mezzi atti allo scopo di conseguirlo’. Assim, se através de uma norma-princípio, o ordenamento comanda (prescreve) a realização de um fim, *ipso facto* comanda, igualmente, a adoção dos *meios* aptos para tanto. Consistindo tais meios, como se viu, em um conjunto de *ações* e *omissões que se revelarem meios para aquela fim*. Ora, tendo em vista que a prescrição de uma conduta determinada, vale dizer, a qualificação deontica de uma determinada conduta como ‘obrigatória’, ‘permitida’ ou ‘proibida’ corresponde a uma ‘norma-regra’, é possível dizer que uma ‘norma-princípio’ implica (vale dizer, ‘põe’, ‘comanda’, ‘prescreve’) um conjunto de *normas-regras*, precisamente aquelas qualificam como ‘obrigatórias’ e ‘proibidas’ as condutas que se revelarem capazes de, respectivamente, fomentar ou obstaculizar o atingimento do fim prescrito pela ‘norma-princípio’.

A título de exemplo, sejam consideradas as normas-regras $R_1, R_2 \dots R_n$, que qualificam como obrigatórias ou permitidas as condutas $C_1, C_2 \dots C_n$, condutas essas que, por sua vez, são consideradas *aptas* a fomentar a realização do fim F_1 , comandado pela norma-princípio P_1 . Sejam também consideradas, de outra parte, as normas-regras $R'_1, R'_2 \dots R'_n$, que qualificam como proibidas as condutas $C'_1, C'_2 \dots C'_n$, condutas cuja realização são consideradas capazes de *impedir* (ou mesmo dificultar) a realização de F_1 , comandado, repita-se, por P_1 . Verifica-se, portanto, que sendo prescrito F_1 por P_1 , isso quer dizer que P_1 prescreve, igualmente, $R_1, R_2 \dots R_n$ e $R'_1,$

$R'_2... R'_n$. Daí se pode dizer que o 'conteúdo' de P_1 é constituído por $R_1, R_2... R_n$ e $R'_1, R'_2... R'_n$.³¹

Podemos dizer, assim, que a aplicabilidade imediata de um princípio consiste na aplicabilidade imediata das qualificações deônticas (permitida, obrigatória ou proibida) por ele atribuídas às diversas condutas que se relacionem com o valor que consagra, na máxima medida dentro do fáctico e juridicamente possível³².

1.5 O PROCESSO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Uma das normas jusfundamentais que dão conteúdo ao princípio do devido processo legal corresponde ao direito de obter, por meio do processo Judiciário a proteção dos direitos subjetivos ameaçados por ações do próprio Estado ou de terceiros. Trata-se de verdadeira garantia dos cidadãos para a

³¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Os direitos fundamentais do credor na execução*. São Paulo: RT, 2003, p. 87-88.

³² Luis Virgílio Afonso da Silva formula o seguinte exemplo para ilustrar a aplicação das normas princípio: "João promete ir à festa de aniversário de seu amigo José. Entrementes, fica João sabendo que seu outro amigo, Jorge, está extremamente doente e precisa de sua ajuda. Para João, tanto quanto cumprir as promessas feitas, ajudar um amigo também é um dever. Nesse caso concreto, contudo, não é possível cumprir ambos os deveres. Após ponderação, decide João ajudar seu amigo doente e não ir à festa de José. Isso não significa, porém que 'cumprir promessas' tenha deixado de ser um dever para João. A constelação aqui é simples e clara: tanto o dever de cumprir promessas, como o dever de ajudar os amigos, são deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação ou sopesamento e que é expresso por uma regra com a seguinte redação: 'situação como a do tipo *S1*, o dever de ajudar os amigos tem prioridade em face do dever de manter promessas'. A colisão entre ambos os deveres, como se vê, não é apenas aparente, mas real. Nesse exemplo simplório, pode-se dizer que a decisão é fácil. Isso, contudo, não suaviza a colisão que existe entre dois deveres *prima facie*". (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p. 619).

proteção de seus direitos³³, contra lesões ou ameaças de lesões perpetradas quer pelo Estado quer por terceiros.

Apesar de o devido processo legal ter sido inicialmente concebido como um instrumento de defesa do particular em face do império estatal, segundo o qual não se poderia privar o cidadão de seus direitos de vida, liberdade ou propriedade sem que fosse obedecido um procedimento previamente estabelecido, a evolução dos direitos fundamentais atribuiu-lhe uma dupla dimensão. Ao mesmo tempo em que exigia um procedimento prévio para legitimar as ingerências estatais na vida privada, passou a possibilitar ao particular utilizar-se do Estado para defender os seus direitos privados quando os mesmos fossem ameaçados³⁴. Assim, o direito ao devido processo legal passou a ser visto sob a perspectiva de um direito de defesa ante aos tribunais em face dos atos dos poderes públicos e também como um direito de tutela do particular, por meio do Poder Judiciário, contra as ofensas perpetradas por terceiros em relação aos seus direitos.

Ao longo do tempo foram acrescentados a esse direito de proteção pelo Judiciário outras dimensões ao devido processo legal, incluindo-se aí o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a efetividade do processo, a proibição das provas ilícitas e a fundamentação das decisões judiciais. Todas com a finalidade de disciplinar o exercício do poder.

É que o devido processo legal constitui uma garantia do Estado Democrático de Direito, cuja característica principal é a vedação à utilização do poder de forma arbitrária. Assim, no Estado Democrático de Direito, proibi-se a

³³ Canotilho explica que “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*.)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396).

³⁴ Esse direito fundamental de acesso aos tribunais traz em si uma dupla garantia. Uma garantia individual de submeter-se aos tribunais a solução de conflitos intersubjetivos, de modo a ver protegidos os direitos e interesses legalmente estabelecidos. E outra, uma garantia institucional de tribunais, isto é, da existência de tribunais, fazendo a interconexão entre aquela primeira garantia e o “direito constitucional Judiciário”

utilização arbitrária da força, quer seja ela implementada pelo Estado, quer pelo particular. Nesse sentido é que é vedado, via de regra, o uso da autotutela³⁵, mecanismo de solução de conflitos em que prevalece a força, mesmo que arbitrária, sobre a razão.

Assim, para que o uso do poder estatal se legitime, dentro do Estado Democrático de Direito, é necessário o estabelecimento de limites procedimentais a esse poder, que sejam aptos a garantir decisões justas, porque fundadas na correta aplicação de normas jurídicas válidas, a partir de um processo em que tenha sido assegurada às partes a possibilidade de ampla participação, por instrumentos processuais idôneos e de forma isonômica.

Podemos dizer, pois, que o processo é o meio de solução de conflitos, por excelência, no Estado Democrático de Direito.

1.6 APLICAÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS (DIREITO E FATO): DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO

O devido processo legal, na perspectiva de que o Estado se obriga a prestar jurisdição, solucionando os conflitos de interesse que se instalarem no convívio social, implica um dever de eficiência dessa prestação jurisdicional.

Nessa concepção, a jurisdição se configura como um serviço público posto à disposição dos cidadãos que têm, por sua vez, direito a receber tais serviços públicos com qualidade.

Devemos então identificar o que seria esse serviço público com qualidade, i.e., um serviço público ideal, na perspectiva jurisdicional.

A onda instrumentalista do processo, que se caracteriza pela preocupação generalizada da doutrina e da jurisprudência com os resultados

³⁵ Excepcionalmente, o ordenamento autoriza o uso da autotutela, como no caso da legítima defesa (art. 25 do CP), do desforço possessório (art. 1.210, §1º, do CC-2002).

que o processo apresenta, já há algum tempo, vem proclamando a idéia de efetividade do processo. A efetividade do processo, na expressão de Cândido Rangel Dinamarco, “constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sóciopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais”³⁶.

É que sendo, em geral, vedado pelo ordenamento a realização de autotutela, ao tempo em que se outorga ao cidadão, como o mais importante meio para solução de conflitos, a jurisdição, não se pode conceber que esse mecanismo de proteção produza um resultado insatisfatório³⁷, o que aconteceria se a justiça da decisão fosse tratada como algo indiferente para o processo. Vale lembrar que a arbitragem, assim como a autocomposição, depende de acordo de vontade entre as partes para que possa acontecer.

Admitir, pois, que o processo tem por finalidade propiciar decisões justas, bem como, que a decisão justa depende de uma correta análise dos fatos, significa reconhecer que a busca da verdade é algo inerente ao processo.³⁸

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 270.

³⁷ Analisando à configuração do direito de acesso aos tribunais como um direito fundamental, Canotilho anota que: “Dessa imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do *núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária*. A *garantia institucional* conecta-se com o *dever de uma garantia jurisdicional de justiça* a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral (‘de direito’, das ‘nações civilizadas’) que impõem um dever de protecção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coacção física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não serem circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 497).

³⁸ Eduardo Cambi faz as seguintes considerações: “... a abordagem da prova deve transcender os limites (geralmente negativos) impostos pelo viés da categoria do ônus probatório, devendo também ser analisada como um direito processual subjetivo, cuja tutela pode, em certa medida, ser exigida do Estado-juiz. Com isso, não se pretende retornar à concepção literal de processo como ‘coisa das partes’, mas tentar buscar simultaneamente, a satisfação dos interesses particulares e públicos: por um lado, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, pela concretização de instrumentos processuais capazes de contribuir de modo mais eficaz com o escopo de pacificação dos conflitos com justiça e, destarte, permitindo maior graus de legitimação do exercício da função jurisdicional.” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 43).

Não se pode aceitar, com efeito, um processo que se destine a produzir decisões justas sem que se reconheça, por conseqüência, o dever de busca da verdade nesse processo.

Na definição da norma aplicável a cada caso concreto, direito e fato se interpenetram, em função da necessidade do fato na construção do direito e do correlativo imperativo da regra jurídica para determinar a relevância do fato (infra item 3.2)

As regras jurídicas determinadoras de condutas estão fundadas no mecanismo da incidência por subsunção. Assim, tais normas prevêm, de forma abstrata, uma determinada hipótese de fato (F), também denominada de hipótese de incidência ou de *tatbstant* pelos alemães ou, ainda, de *fattispecie* pelos italianos. Em seguida, tais regras estabelecem certa conseqüência jurídica (C), de modo que sempre que aconteça F deve incidir a norma, gerando a conseqüência jurídica C³⁹.

Em função dessa estrutura das regras determinadoras de condutas, para que tenhamos uma decisão justa, com uma correta aplicação da norma, deve-se estabelecer a efetiva ocorrência de F, por meio de um acerto da verdade das alegações de fato produzidas pelas partes. Afinal, não se pode ter uma aplicação justa e correta das regras jurídicas, se os fatos, que servem de substrato para sua aplicação, não são conhecidos de forma verdadeira.

Sobre o assunto, Barbosa Moreira observa que:

se a função do juiz é julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição, aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos⁴⁰

³⁹ “*Ex facto oritur jus*, firma, com acerto, o brocardo, consubstanciando a idéia de que os direitos existem enquanto efeitos dos fatos da vida, fatos tornados juridicamente conseqüentes pelo ordenamento jurídico” (MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. Revista de Processo, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 60).

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. Revista de Processo, n. 35, abril - junho de 1984, p. 179.

Essa posição ideológica de incluir, dentre os escopos do processo, uma decisão justa é incompatível com qualquer orientação que negue a possibilidade de se realizar no processo uma verificação da verdade das alegações sobre fatos⁴¹.

O mesmo Barbosa Moreira, reportando à problemática da efetividade do processo, colocou entre os seus pontos essenciais a necessidade de “assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade”⁴².

Assim, a busca da decisão justa, de rigor, se levada às últimas conseqüências, não se coaduna com as idéias de verdade ficta, irrelevante ou impossível no processo⁴³. É simplesmente de todo impossível sustentar-se que a decisão tomada em um processo funda-se sobre a verdade e que tal verdade não pode ou não deve ser conseguida no processo⁴⁴. Situação peculiar é

⁴¹ Canotilho expressamente inclui dentre as características do direito de acesso aos tribunais a exigência de uma apreciação, pelo magistrado, da matéria de fato: “A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma *proteção eficaz e temporalmente adequada*. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva ‘resposta’ plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo). o controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas ‘matérias ou questões de facto’, não se devendo configurar como um ‘tribunal de revista’ limitado à apreciação das ‘questões’ e ‘vícios de direito’.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 499).

⁴² Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Temas de Direito Processual Civil*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-28. *Apud* VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

⁴³ “A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento Judiciário a um objetivo determinado, mas se trata sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça ‘mais justa’.” (MICHELI, Gian Antonio. TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim, *Revista de Processo*, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 168)

⁴⁴ Acerca do assunto, decidiu o TJRJ: “Aplicação pela dedicada Juíza Singular da regra do artigo 130 da Lei Adjetiva...; este tendo criado a necessária figura do ‘juiz ativo’, em visão do processo como publicístico, devendo os julgadores perseguir a verdade real, dando razão aos que, de fato, a tenham. Iniciativa oficial probatória que nada tem de ilegal, e que também atende aos princípios do livre convencimento e da persuasão racional. *Superação de teses formalistas de antanho incompatíveis com a filosofia atual da processualística pátria, na efetividade da mesma tutela, em preponderância.*”(Agravado de Instrumento n. 2004.002.23114 – Rel. Des. Luiz Felipe Haddad. – 18/01/2005).

aquela das provas legais ainda existentes no ordenamento jurídico, cuja análise será feita no capítulo sete.

O reconhecimento da busca da verdade como algo que está pressuposto no escopo do processo de propiciar uma decisão justa⁴⁵ dá ensejo à tarefa de verificar em que limites a disciplina jurídica do processo determina a verdade que pode ser alcançada, uma vez que esta, como se verá, não se coloca em termos absolutos (item 2).

1.7 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A PROVA JUDICIÁRIA

O modelo constitucional de processo, que, conforme vimos, consiste em um conjunto de valores com status de direito fundamental, orienta todo o ordenamento infraconstitucional acerca da matéria processual.

Assim, a identificação desses valores faz-se imprescindível para a adequada leitura das normas infraconstitucionais disciplinadoras do processo no nosso ordenamento jurídico, visto que tais normas devem dar expressão pragmática aos valores constitucionais.

Temos, então, na esteira do que já decidiu o STF que:

Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais. (AI 152.676-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03/11/95)

As normas reguladoras da atividade processual, pois, devem ter sua gênese inspirada nos valores constitucionalmente consagrados, ao passo que

⁴⁵ Além da (i) reconstrução fiel dos fatos relevantes para a causa, podemos indicar como requisitos para que se obtenha, através do processo, uma decisão justa, (ii) a correta escolha e interpretação da norma e (iii) a utilização correta de um procedimento válido.

sua interpretação também deve ser guiada pela aplicação de tais valores constitucionais⁴⁶.

Podemos dizer, assim, que a Constituição, em sua dimensão axiológica, determinará todo o sistema normativo, chegando, em certos casos, a demandar a solução de litígios por meio da ponderação de valores eventualmente conflitantes na situação concreta (infra, itens 6 e 7.3.2).

Os instrumentos legais acerca do processo são, pois, antes de técnicas formais, instrumentos de concretização da carga axiológica da Constituição.

Vejamos, portanto, os princípios constitucionais que se referem à prova para que possamos, em seguida, realizar a leitura adequada dos institutos processuais que disciplinam a atividade probatória, o que somente poderá ser alcançado se tal leitura for feita sob o farol do modelo constitucional de processo. Afinal, a norma jurídica, antes de ser algo dado, é na verdade algo construído pela via interpretativa⁴⁷.

1.7.1 ACESSO AO JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DO PROCESSO

O princípio constitucional do acesso ao Judiciário, também conhecido como 'princípio do direito de ação' está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, nos termos de que a lei não afastará da análise do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito.

Tal norma, enquanto direito objetivo, traz em seu âmago o direito subjetivo de se submeter, de forma irrestrita, pretensões à análise do Poder

⁴⁶ "A Constituição é responsável pela unificação do ordenamento jurídico e dá sentido ao sistema jurídico. Se a Constituição constitui o fundamento de validade da lei, é preciso verificar em que sentido as garantias processuais referentes à justiça, servem de fundamento de validade para o direito processual civil" (CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001, p. 94).

⁴⁷ A norma jurídica é um ato lingüístico de enunciação de comando (o qual qualifica uma conduta como obrigatória, permitida ou proibida), emitido pelo Estado, no uso do seu poder de império, cujo conteúdo semântico há de ser aferido a partir de exercício interpretativo.

Judiciário, no que restou identificado pela doutrina como o direito constitucional de ação.

Desse princípio a doutrina estraiu o direito fundamental à efetividade do processo, como verdadeiro princípio decorrente.

De fato, se a Constituição assegura o acesso ao Judiciário como meio de solução de conflitos, é razoável que daí se deduza que o cidadão tem direito a obter uma solução adequada de seu conflito, o que pressupõe, conforme já dito, uma decisão fundada na verdade dos fatos (supra, item 1.6).

Como ensina Teori Albino Zavasky:

o direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, ***direito de acesso à justiça*** ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em **prazo adequado**, uma **decisão justa** e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.⁴⁸ (grifo nosso)

É certo que, com a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como “reforma do Judiciário”, o princípio da efetividade, ainda que apenas no seu aspecto temporal, restou expresso no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição⁴⁹.

Uma vez preenchidos os requisitos exigidos pela legislação processual para o adequado exercício do direito de ação, isto é, uma vez reconhecido o direito de ação processual, pelo preenchimento das condições da ação, o Poder Judiciário está constitucionalmente obrigado a proferir decisão acerca do

⁴⁸ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁹ “Art. 5º ...*omissis*... LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

mérito da pretensão posta em juízo⁵⁰. Não pode ele deixar de proferir tal decisão, por força do mandamento constitucional de acesso ao Judiciário e, correlatamente, da efetividade do processo.

Nesse sentido, já se manifestou o STF:

A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omissis o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade. (RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/97)

O direito de ver prestada jurisdição, ou seja, o direito de ver decidido o mérito da pretensão levada a juízo, contudo, não se confunde com o direito de ver julgada procedente a pretensão. O que o Judiciário está constitucionalmente obrigado a fazer é analisar a pretensão levada a juízo, de forma justa e tempestiva, e não a analisar sempre em favor do autor⁵¹.

Essas perspectivas do princípio do acesso ao Judiciário e do princípio da efetividade do processo vão se projetar de forma enfática na atividade probatória, principalmente quando se analisa **qual a verdade possível de ser alcançada no processo** (item 2), o **objeto da prova** (item 3.2), a **iniciativa probatória do juiz** (item 4), o **ônus da prova** (item 5) e a **prova nas tutelas de urgência** (item 6). Todos esses institutos gravitam, pois, em torno dos problemas da busca da verdade para que se viabilize uma

⁵⁰ Por todos, Nelson Nery Júnior: "Voltando ao aspecto da garantia constitucional do direito de ação, verifica-se que, se não estiverem preenchidas as condições da ação (art. 267, n. VI, do CPC), a causa não receberá sentença de mérito, sem que isto implique ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. 'A necessidade de serem preenchidas as condições da ação (CPC art. 267, VI) e os pressupostos processuais (CPC, art 267, IV), serem observados os prazos para o exercício do direito de ação, bem como de serem obedecidas as formas dos atos processuais significam limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação.'" (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 97)

⁵¹ Nesse sentido o STF já decidiu que "A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes." (RE 113.958, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/02/97). E também, que "não há confundir negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte." (AI 135.850-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/05/91, p. 6774).

decisão judicial que analise adequadamente o mérito da pretensão, sem dilações processuais indevidas.

1.7.2 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

O princípio da ampla defesa, bem como o princípio do contraditório, estão positivados no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, constituindo valores complementares entre si. O princípio da ampla defesa e do contraditório, antes de encerrarem valores autônomos, estão ligados por tal grau de sinergia que na maior parte dos casos é difícil, senão impossível, tratá-los de forma separada.

É que, como bem destaca Rui Portanova:

Os princípios não têm cada qual sentido absolutamente autônomo e limites absolutamente rígidos. Muitas vezes os significados se interpenetram formando uma zona gris onde não é fácil dizer onde termina um princípio e começa outro. Pode ser, inclusive, que um seja consequência do outro.⁵²

O contraditório, que está previsto como direito fundamental no rol do artigo 5.º da Carta de 88, já se encontrava ínsito na própria noção de processo. Fazzalari, em sua conceituação de processo, vincula este à idéia de contraditório, de modo que somente seja considerado processo aquele procedimento em que se possibilite às partes influir no seu resultado final⁵³.

O princípio do contraditório, também denominado de bilateralidade da audiência, consiste, de um lado, na necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, na possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.

⁵² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 109.

⁵³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4 ed. CEDAM: Padova, 1986, p. 77.

Assim, pode o princípio do contraditório ser sintetizado, na clássica e sempre repetida lição de Sergio La China, em dois aspectos: *informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario chi sai resa possibile!)*⁵⁴

Nessa medida, lembra José Roberto dos Santos Bedaque, que:

não se concebe contraditório real e efetivo sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, mesmo tratando-se das questões de ordem pública, cujo exame independe de provocação. O debate anterior à decisão é fundamental para conferir eficácia ao princípio.⁵⁵

Entender-se diferente seria dar significado ilusório ao direito de defesa, esquecendo-se da exigência moderna de se ter um processo dialético, justo e leal, sem surpresa para os participantes.

O princípio do contraditório comanda, pois, que a decisão judicial seja construída a partir de um diálogo da causa, havido entre as partes litigantes e o juiz, o qual deve permear toda a atividade processual, de modo que a elaboração do juízo acerca da pretensão seja implementado de forma dialética e não como um monólogo judicial.

Sobre o assunto, esclarece Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Exatamente em face dessa realidade cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequação a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange a comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. A faculdade concedida aos litigantes de se pronunciar e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E

⁵⁴ A respeito, ver NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 5.ª edição, São Paulo: RT, 1999, p. 130.

⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela de urgência e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95.

exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples 'objeto' de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões.⁵⁶

O modo de exercício do contraditório, contudo, deve sempre ser verificado de acordo com a legislação infraconstitucional. Não existe um padrão constitucional rígido, que fixe a forma com que se deve dar a ciência dos atos processuais e em que momento e porque meio deve ser oportunizada reação às situações processuais consideradas gravosas para cada parte.

Contudo, o legislador infraconstitucional e o juiz não estão plenamente livres para dar o conteúdo que bem entenderem ao contraditório e à ampla defesa. Existe um núcleo essencial que sempre deve ser preservado⁵⁷.

Nessa linha, o STF já decidiu:

A garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline (RE 255.397, 1ª T., Pertence, DJ 07/05/04). Se a defesa argúi a denegação de prova essencial com base na Constituição e a decisão recorrida repele motivadamente a arguição, o pré-questionamento independe de menção expressa à disposição constitucional invocada. (...) Em se cuidando de RE da defesa em processo penal, a indagação do pré-questionamento perde seu relevo, dada a oportunidade de sanar, não obstante a sua falta, a coação ilegítima, mediante *habeas corpus* de ofício. (...) Não há afronta à garantia da ampla defesa no indeferimento de prova desnecessária ou irrelevante. (RE 345.580, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10/09/04)

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. *Revista Prática Jurídica*, Ano III, n. 25, Abril de 2004, p 38.

⁵⁷ A respeito da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver por todos: BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

Esse conteúdo mínimo do direito fundamental ao contraditório tem sido entendido, pela doutrina como a garantia à efetiva participação na formação dos juízos de fato e de direito acerca da pretensão formulada pela parte⁵⁸.

O alcance do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, no que concerne ao seu conteúdo mínimo, bem como ao seu eterno conflito com a efetividade do processo, no sentido de se obter um processo sem dilações indevidas, desenvolve importante papel no campo probatório, especialmente quando se analisam **os critérios de valoração da prova** (item 3.3), o **momento de inversão do ônus da prova** (item 5.5), a **prova nas tutelas de urgência** (item 6), as **limitações probatórias** (item 7), as **provas emprestadas** (item 8) e os **efeitos jurídicos da revelia** (item 9).

1.7.3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Outro princípio que dá significado ao devido processo legal é o da fundamentação das decisões judiciais. Tal exigência, apesar de não estar positivada no rol do artigo 5º da Constituição Federal, mas sim no artigo 93, IX, constitui verdadeira garantia fundamental, pois está diretamente ligada ao postulado de dignidade da pessoa humana (supra, item 1.3), funcionando como autêntica clausula limitadora do poder estatal.

⁵⁸ Dentro de uma moderna visão do princípio do contraditório, em que se põe o resultado do processo, isto é, a decisão judicial, como um produto de um processo dialético de construção, não se pode aceitar que a parte seja surpreendida com uma decisão fundada em enfoque jurídico não debatido no processo. Nesse sentido, flexibiliza-se o antigo aforisma do *iura novit curia* para entender-se que o juiz, apesar de 'conhecer do direito' não pode decidir com base em aspectos jurídicos não debatidos no processo. Rui Portanova destaca na mesma linha de pensamento que "por princípio, as partes não podem ser surpreendidas por decisão que se apóie numa visão jurídica que não tinham percebido ou tinham considerado sem maior significado. Nesse sentido, mesmo o conhecimento de ofício, pelo juiz, deve ser precedido de prévio conhecimento da parte."(PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 162).

Se não fosse o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, a justiça estaria jungida ao mero arbítrio e aos instintos e simpatias, ou, ainda, a meras vontades do julgador⁵⁹.

Dessa forma, exige-se que a decisão judicial seja fundamentada, indicando-se as razões de fato e de direito que convenceram o magistrado na formulação de seu juízo, bem como o nexos entre elas. Não é suficiente, para atender ao mandamento constitucional, o expediente, por vezes utilizado, de fundamentação por meio de expressões padrão, vazias de real significado concreto, tais como, 'presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, defiro a liminar'. Expressões deste jaez nada dizem quanto ao caso concreto, quer quanto à avaliação dos fatos, quer quanto ao direito, servindo, tal qual um carimbo, para todo e qualquer caso⁶⁰.

Essa, inclusive, tem sido a posição do STF:

Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é 'inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais': não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra. (RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/10/97)

Contudo, não se exige que a fundamentação da decisão judicial seja exaustiva, a ponto de esgotar todas as linhas argumentativas possíveis e imagináveis para cada situação concreta. A fundamentação constitucionalmente exigida é aquela que seja suficiente para transmitir o raciocínio lógico que fundamente, do modo legítimo, a decisão judicial.

⁵⁹ "É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de **limitação dos poderes** deferidos aos magistrados e Tribunais." (HC 68.202, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/03/91, p. 2647).

⁶⁰ Tratando especificamente da análise dos fatos, observa Barbosa Moreira: "Não basta dizer: 'Fiquei convencido de que tal fato ocorreu', ou 'não fiquei convencido de que tal fato ocorreu'. Para cumprir a lei, e para ser fiel à nossa missão, é necessário dizer algo mais: porque me convenci, ou porque não me convenci, de que o fato ocorreu, ou de que, o fato não ocorreu. Isto só podemos fazer analisando a prova" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, abril - junho de 1984, p. 184).

Nesse sentido, é a jurisprudência do STF:

Fundamentação do acórdão recorrido. Existência. Não há falar em ofensa ao art. 93, IX, da CF, quando o acórdão impugnado tenha dado razões suficientes, embora contrárias à tese da recorrente. (AI 426.981-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 05/11/04)

Tampouco, exige-se, para o atendimento da norma constitucional, que a decisão judicial esteja sempre corretamente fundamentada. O erro de juízo (*error in iudicando*) não enseja ofensa ao dever de fundamentar as decisões judiciais. Certa ou errada, fundamentação judicial existe e, portanto, atendida está a norma constitucional. O erro de juízo, contudo, caso existente, deve ser corrigido pelas vias recursais apropriadas, com a reforma da decisão judicial. A ausência de fundamentação, por sua vez, não implica reforma da decisão, pois não é erro de juízo, mas sim erro de procedimento (*error in procedendo*) que dá azo à anulação da decisão⁶¹.

Assim, tem se manifestado o STF:

O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional. (AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/09/03)

O princípio da fundamentação judicial funciona, pois, principalmente no que se refere às provas, como um importante fator legitimador do exercício do poder jurisdicional do Estado. É fato que o Poder Judiciário, por não ter seus membros escolhidos a partir de eleições pelo povo, não pode obter, como de fato não obtém, legitimidade social por meio das urnas, a mais pura das expressões da soberania popular (art. 14 da Constituição Federal).

⁶¹ “Se, em qualquer das instâncias ocorreu vício de julgamento, por falta de fundamentação ou de adequado exame das questões de fato e de direito, isso, se for verdade, configurará nulidade de caráter processual, mas não denegação de jurisdição, de molde a afrontar a norma constitucional focalizada (inc. XXXV do art. 5º da CF).” (AI 185.669-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29/11/96, p. 47168).

Assim, resta ao Judiciário adquirir legitimidade pela sua atuação, cuja justificação social dá-se por meio da fundamentação de suas decisões, que devem convencer do seu acerto à sociedade e às partes.

Importante, ainda, o papel da fundamentação das decisões quando se põem em evidência o recurso, pois é somente por meio da fundamentação que o juiz possibilita à parte conhecer os motivos da decisão, para em relação a eles se opor através do recurso.

Portanto, o conjunto formado pelos princípios da fundamentação das decisões judiciais e do contraditório configura uma das mais importantes pautas protetoras da liberdade, porque enquanto este permite que as partes tenham todas as oportunidades de convencer o juiz de que têm razão, aquele, por outro lado, exige que o juiz valora as provas produzidas, explicando quem o convenceu e porque o fez, sendo a motivação da decisão, pois, um mecanismo para se atribuir critérios objetivos à convicção do juiz.

O princípio da motivação das decisões judiciais incide determinadamente na **busca da verdade no processo** (item 2), na identificação do **objeto da prova** (item 3.2), na utilização dos **critérios de valorização da prova** (item 3.3. e 7.1), perpassando, ainda, todos os demais temas referentes à prova.

1.7.4 PROIBIÇÃO DE PROVA ILÍCITA

A proibição à prova ilícita foi alçada ao *status* de norma constitucional com a Constituição Federal de 1988, mas mesmo antes de 5 de outubro de 1988, a doutrina e a jurisprudência já entendiam ser inadmissível no processo a

prova obtida por meios ilícitos, por não ser ela “legal ou moralmente legítima”, como exige o art. 332 do CPC⁶².

A proibição da prova ilícita visa a tutelar os elementos integrantes da dignidade humana, funcionando como um desestímulo à violação das regras disciplinadoras da vida em sociedade, na medida em que às provas assim obtidas não será atribuído valor.

A proibição da prova ilícita desempenha importante papel no sistema probatório, funcionando como **verdadeiro limite à ação probatória das partes** (item 7.3) e ao livre convencimento motivado do juiz, que não poderá justificar suas decisões em provas tidas por ilícitas, sendo que a mais relevante questão acerca das provas ilícitas parece ser a que diz com a **possibilidade ou impossibilidade de sua excepcional aceitação no processo, por força do princípio da proporcionalidade** (item. 7.3.2)

1.7.5 JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural, cuja previsão encontra-se nos incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal de 1988⁶³, tem um significado complexo, dele derivando diversos comandos normativos.

O princípio do juiz natural veda a criação de tribunal de exceção, que pode ser definido como aquele “designado ou criado por deliberação legislativa

⁶² Em trabalho publicado na Revista de Processo n. 16, editada em 1979, Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo já destacavam que: “A utilização dos documentos reprodutivos tem dois limites básicos: de um lado, parece que eles não podem ser empregados se implicam em desrespeito aos direitos fundamentais do homem; ademais, não são admitidas as gravações que violentam a *privacy* individual ou os segredos profissionais. Deste ponto de vista, há também o problema das gravações feitas sem que o interessado o saiba, do mesmo modo que a questão mais geral – que os relatórios nacionais não abordam – da utilização das provas ilegalmente obtidas” (p. 161).

⁶³ “Art. 5º... *omissis*... XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal.”⁶⁴

Essa vedação, contudo, não proíbe os juízos especializados, em que a especialização dá-se de modo antecedente, de acordo com os critérios gerais e abstratos previstos na Constituição ou nas leis de organização judiciária.

Igualmente, não estão proibidas as prerrogativas de foro, tais como acontece nas ações de alimentos (art. 100, II, do CPC) e nos foros por prerrogativa de função (p. ex., art. 102, I, ‘a’ e ‘b’, da CF/88), as quais são instituídas com a finalidade de atender ao interesse público.

Vale dizer, que o princípio do juiz natural, segundo Nelson Nery Júnior, somente tem aplicação no que se refere às competências absolutas, as quais decorrem do interesse público. Não se aplica, pois, à competência relativa, a qual decorre de critérios “privatísticos”, fixados unicamente no interesse das partes e, portanto, sendo matéria de sua livre disposição⁶⁵.

Acerca do princípio do juiz natural, da esclareceu o STF:

O princípio da naturalidade do juízo - que reflete noção vinculada às matrizes político-ideológicas que informam a concepção do Estado Democrático de Direito - **constitui elemento determinante que conforma a própria atividade legislativa do Estado** e que condiciona o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter persecutório em juízo. O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado - que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção -, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, **o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior**, vedados, em conseqüência, os juízos *ex post facto*. (AI 177.313-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/05/96)

Efetivamente, o que o princípio em estudo comanda é a sua realização simultânea em quatro diferentes dimensões, que lhe dão conteúdo: (i)

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 65.

⁶⁵ *Idem*, p. 66.

determinabilidade, (ii) fixação de competência, (iii) divisão funcional interna e (iv) justiça material⁶⁶.

A determinabilidade implica a exigência de pré-constituição, com a devida individualização dos juízos existentes, por meio de regras gerais previamente estabelecidas. A fixação de competência, por sua vez, exige a observância de regras decisivas, a partir de critérios objetivos, para a determinação da competência dos juízes. A divisão funcional interna corresponde à observância dos procedimentos predeterminados, de modo a assegurar a distribuição adequada dos processos entre os diversos juízos de idêntica competência abstrata. Por fim, a justiça material, correspondente à imparcialidade e à independência do juiz.

Das dimensões que compõem o princípio do juiz natural, a que desperta interesse para os fins do presente estudo é a que se refere à justiça material, que é posta como importante tópico de discussão quando se analisa a **produção de provas por iniciativa do juiz** (item 4)

⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 68. e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205.

2 O PROBLEMA DA VERDADE NO PROCESSO

Neste capítulo abordaremos a questão da verdade, com os olhos voltados para o processo jurisdicional, no sentido de estabelecer os conceitos e as premissas fundamentais para a análise da prova judiciária.

2.1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

É comum, quando se trata de prova e de verdade no âmbito do processo, dizer-se que o processo busca estabelecer se determinados fatos realmente ocorreram, de modo a possibilitar a aplicação do direito respectivo. Neste contexto, diz-se que a prova serve exatamente para solucionar esse problema da verificação da verdade dos fatos.

Acontece que a questão das provas, se analisada além do aspecto geral, desvenda uma série de variantes que faz do tema um dos mais complexos da teoria do processo, ainda mais quando visto sob o enfoque do modelo constitucional de processo.

O primeiro problema decorre do fato de que o tema da prova não se exaure na dimensão jurídica, projetando-se em campos como o da lógica, da epistemologia e da psicologia.

De fato, a alteração do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento motivado (*infra* 3.3) fez com que a questão da prova saísse de uma dimensão estritamente jurídica, na medida em que atribuiu ao juiz, e não mais ao legislador, a função de valorar a prova.

Assim, a identificação da verdade das alegações das partes passou a ser feita pelo juiz, caso a caso, independentemente de critérios pré-fixados. Com isso, foram postas em evidências questões como a da efetiva possibilidade de, por meio do processo, alcançar-se a verdade dos fatos.

Nas páginas seguintes, pretendemos analisar essa questão, identificando, ao final, qual a verdade possível no processo.

2.2 A VERDADE NO PROCESSO É A VERDADE FORA DO PROCESSO

O problema central que obrigatoriamente se coloca em face da análise do tema das provas é o de saber sobre a efetiva verificação da verdade no processo. Existem, ao menos, duas razões pelas quais o conceito de verdade no processo se mostra bastante problemático e causa complicações na definição de qual seja o papel da prova no processo.

O primeiro deles consiste em determinar se a verdade que vem afirmada e verificada no processo é a mesma verdade que existe fora do processo ou não, e em que medida a verdade processual seria diferente da verdade *tout court*.

Parte da doutrina tem solucionado essa questão fazendo a distinção entre verdade formal (judicial ou processual) e verdade material (histórica, empírica ou verdade *tout court*), sendo, a primeira, a verdade que se verifica no processo, por intermédio dos meios de prova, e, a segunda, a verdade que existe em qualquer lugar fora do processo, que se estabeleceria em outros campos da experiência, como na economia, na história ou na vida cotidiana.

Essa distinção, entretanto, não pode ser sustentada. De fato, parece inadmissível a existência de uma verdade para o processo que seja diversa da verdade verificada fora do processo. Não existe diferença ontológica entre as duas. No processo interessa estabelecer o que realmente aconteceu do mesmo modo em que tal interesse surge em outras numerosas situações na vida e em qualquer outro lugar.

Efetivamente, o acerto da verdade no processo sofre limitações decorrentes das regras jurídicas que disciplinam a produção das provas, de modo que a verdade no processo há de ser estabelecida por certos meios

determinados pela lei, com limites de tempo e de modo, que advém, por exemplo, de normas que excluem certas provas ou estabelecem rito específico para sua produção em juízo.

Contudo, essas limitações não parecem ser suficientes para diferenciar a verdade dentro e fora do processo. Em qualquer situação em que seja necessária a determinação da verdade acerca de um enunciado de fato, tal atividade será sempre limitada pelo contexto, mormente no que se refere aos meios disponíveis para a investigação da verdade e às regras que os disciplinem. Tais regras e instrumentos podem variar, de contexto para contexto, o que não implica variação ontológica da verdade que se busca em cada contexto. Inclusive, *no contexto do processo, os instrumentos de conhecimento de que se lança mão não são substancialmente diferentes daqueles utilizados ordinariamente na experiência cotidiana*. Os testemunhos e os documentos, cujas disciplinas vêm estabelecida nas normas processuais, equivalem aos instrumentos utilizados regularmente no contexto extraprocessual.⁶⁷

Assim, o que deve ser verificado são os limites postos pelo ordenamento à busca da verdade, mormente sob o farol do modelo constitucional de processo.

Acontece que existe uma orientação difusamente colocada que nega a possibilidade de um acerto verdadeiro dos fatos no processo civil. Essa orientação é sustentada por diversas razões, dentre as quais podemos destacar, seguindo os ensinamentos de Michele Taruffo⁶⁸, o argumento da

⁶⁷ No mesmo sentido são as reflexões de Eduardo Cambi, fundadas no pensamento de Luigi Paolo Comolgio: "A distinção entre verdade material e processual não tem razão de ser, seja porque não se pode afirmar que a verdade do processo seja ontologicamente diversa da verdade histórica ou do mundo real, seja porque não se pode sustentar que a verdade material (ou pertencente ao mundo externo) está excluída do âmbito da fenomenologia processual. A verdade processual e a verdade de fora do processo são sempre uma; o que difere são as técnicas e os métodos para o seu conhecimento, não podendo-se ignorar *a priori* que o mecanismo processual, mesmo que limitado contextualmente, possa vir a conhecer a realidade empírica dos fatos" (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 72).

⁶⁸ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.

impossibilidade teórica, o da impossibilidade ideológica, o da impossibilidade prática, o da retórica persuasiva e o da semiótica circular.

2.3 AS ORIENTAÇÕES QUE SE CONTRAPÕEM À VERDADE NO PROCESSO

Neste tópico, veremos especificamente cada uma das orientações que se contrapõem à busca da verdade no processo.

2.3.1 A IMPOSSIBILIDADE TEÓRICA

O entendimento segundo o qual existe uma impossibilidade teórica do acerto da verdade no processo decorre da idéia de impossibilidade de conhecimento absoluto da realidade, na medida em que as decisões sobre fatos emergiriam de orientações puramente intuitivas, de razões individuais e de valorações irremediavelmente subjetivas.

Nessa linha de pensamento, encontramos os chamados perfeccionistas desiludidos (*perfezionista deluso*), que partem da concepção da existência de uma verdade absoluta, mas ao constatarem que alcançá-la é impossível, passam ao extremo oposto, sustentando a impossibilidade de qualquer verdade racional, em clara opção pelo irracionalismo⁶⁹.

Não existe, é certo, verdade absoluta, pelo que toda verdade não pode ser mais que relativa, determinada pois, pelo contexto em que verificada e justificada por meio de um juízo racional.

O que pode ser conseguido, em um contexto ou noutro, é sempre uma verdade relativa, influenciada pelos mecanismos e modos de descoberta postos à disposição do investigador.

⁶⁹ Ver por todos: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.

Portanto, como não existe qualquer forma objetiva de conhecimento da realidade, não se pode pretender que exista no processo algo que não existe no mundo em geral. Se algo é impossível, não há sentido em pretender-se que esse algo seja exigido como objetivo do processo.

O real problema a ser objeto de estudo, assim, não é o da (im)possibilidade de uma verdade absoluta no processo. Essa não é, simplesmente, possível, dentro ou fora do processo. O que deve ser, sim, objeto de exame e reflexão, é a identificação dos mecanismos e regramentos acerca da busca da verdade, fazendo-se o juízo acerca de sua adequação a um modelo de processo em que se admite a busca da verdade como algo que lhe é inerente⁷⁰.

Afinal, conforme dissemos, o modelo constitucional de processo, que exige soluções justas e aptas à pacificação social dos conflitos, demanda um accertamento sobre a verdade dos fatos, como pressuposto para a aplicação das normas jurídicas (itens 1.5, 1.6 e 1.7.1)

A verdade que se busca no processo, apesar de relativa, como, alias, toda verdade o é, deve ser, também por exigência do modelo constitucional de processo, racionalmente justificada (item 1.7.3).

Com isso, não se pode dar razão aos que sustentam ser a afirmação da verdade algo não dependente do processo psicológico daquele que decide acerca da verdade e, a partir daí, negam a racionalidade da decisão e do juízo sobre os fatos.

⁷⁰ Michele Taruffo chega a afirmar que a verdade absoluta, mesmo que fosse possível, seria irrelevante para o processo, que apenas demanda uma verdade relativa, mas sempre racionalmente justificada: "Al riguardo si potrebbe osservare che quali che siano le risposte che ad una questione di questo genere si danno in altri campi, dalla logica alle scienze empiriche, essa è oziosa e non merita neppure di essere posta con riferimento all'accertamento processuale dei fatti. Si potrebbe invero osservare che il processo, non essendo un'impresa scientifica o filosofica, non há bisogno di verità assolute potendosi accontentare di molto meno, ossia di verità in vario modo relative, purché sufficienti a fornire una base ragionevolmente fondata allá decisione. In sostanza: se anche verità assolute fossero in astratto possibili non sarebbero necessarie nel processo, e se esse fossero impossibili ciò non rilevarebbe ai fini di ciò che nel processo occorre accertare." (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 152).

Taruffo destaca que esse é um claro erro de método que se realiza quando da análise de um processo psicológico se pretende afastar a teoria de uma racionalização ou uma epistemologia⁷¹. De fato, é um erro metodológico não ignorável sustentar-se, por exemplo, que a validade de um argumento ou de um cálculo dispensa a análise dos procedimentos psicológicos que lhes formularam.

Tanto o argumento como o cálculo, para serem considerados 'verdadeiros', exigem a constatação, por meio de um processo psicológico, da sua verdade ou falsidade. Um resultado matemático, por exemplo, somente pode ser considerado verdadeiro se for possível confirmar o processo mental que levou à sua obtenção. É a chamada justificação da equação matemática.

Assim como o cálculo, as alegações de fato, para serem consideradas verdadeiras, devem sofrer um processo de racionalização, que justifique as conclusões da decisão.

Não se coaduna com o modelo constitucional de processo uma verdade proveniente da íntima convicção do juiz, que seja decorrente apenas de juízos subjetivos e intuitivos. O postulado da fundamentação das decisões judiciais (art 93, IX, CF/88) implica a necessidade de uma justificação racional do juiz acerca das suas conclusões sobre a verdade dos fatos. Ao processo não servem as íntimas intuições do juiz, pois os fatos devem ser confirmados com base nas provas produzidas, mediante uma análise crítica das informações que tais provas fornecem ao julgador acerca dos fatos sobre os quais elas se referem. Excepciona-se apenas o julgamento dos crimes sujeitos ao procedimento do Júri, e somente naquilo que é objeto de julgamento pelo Conselho de Sentença.

O que não é, sob qualquer hipótese, aceitável, são decisões cujo juízo acerca dos fatos seja imperscrutável e incontrolável por parte do jurisdicionado e da sociedade.

⁷¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 14-15.

Assim, apesar do juiz estar livre para examinar e concluir acerca dos fatos subjacentes à causa, não está ele liberado da regra da racionalidade.

Portanto, embora não seja possível a obtenção de uma verdade absoluta, que é algo inexistente em qualquer campo da vida material, o modelo constitucional de processo exige a busca de uma verdade, ainda que relativa, mas racionalmente identificada.

Assim, a verdade que se busca no processo não é a verdade absoluta, pois não se pode, logicamente, pretender o que é impossível de ser alcançado. A verdade que se pretende obter no processo é uma verdade que, apesar de relativa, por ser contextualmente limitada, é racionalmente justificada.

2.3.2 A IMPOSSIBILIDADE IDEOLÓGICA

Outra ordem de idéias funda a impossibilidade do acerto da verdade no processo judicial em bases puramente ideológicas, sob o argumento de que o processo civil, como concebido, não deve buscar a verificação da verdade, mas puramente a solução de conflitos.

A questão surge quando se coloca que a busca da verdade dos fatos não pode ser a finalidade de um processo orientado para a solução de conflitos. De fato, as funções de resolver os conflitos e de encontrar a verdade são diferentes, sendo o processo destinado a estabelecer a disciplina própria da relação jurídica controvertida no interesse das partes.

Assim, funcional é o processo que atende a essa finalidade essencial de solução de litígios, evitando que os conflitos protraiam-se no tempo, estabelecendo um aceitável disciplinamento dos interesses, se possível de modo rápido e simples.

Acontece que a afirmação de que a busca da verdade é incompatível com o escopo processual de solução de controvérsia não se sustenta. Não

existe modo melhor para solucionar uma controvérsia que fundar a decisão da causa sobre a verdade dos fatos que lhe deram origem. Além disso, conforme dito anteriormente (item 1.5 e 1.6), a necessidade de o Judiciário proferir decisões fundadas na verdade dos fatos é exigência que decorre, antes de tudo, do modelo constitucional de processo.

Essa constatação, contudo, é “esquecida” pela ótica *eficientista* do processo, que entende que qualquer sentença é “boa em si”, desde que apta a eliminar o conflito, ainda que apenas formalmente, de modo que a decisão deve ser valorada pela sua eficácia em solucionar o conflito e não pela sua relação com critérios extrínsecos, como os fatos da causa, que são utilizados na eliminação do conflito.

De outro lado, essa mesma ótica *eficientista* ressalta que um processo em cujos objetivos estivesse a determinação da verdade implicaria gastos e atividades adicionais das partes e do juiz, acrescentando uma gama de atividades e técnicas na estrutura do processo, os quais não encontrariam espaço em um processo destinado à solução de controvérsias.

Ainda no contexto da impossibilidade ideológica, sustenta-se a inviabilidade da busca da verdade em decorrência de o processo ter fundamento nos valores da liberdade, da autonomia e da iniciativa. Portanto, caberia à parte interessada em obter uma decisão que atenda às suas aspirações e que cumpre saber se a pretendida decisão virá através da verdade. Ao juiz caberia, apenas, escolher uma dentre as duas versões apresentadas pelas partes, sem se preocupar em formular uma terceira hipótese que entenda mais próxima da realidade.

Esse pensamento ideológico tem fundamentação semelhante ao princípio dispositivo, que no sistema do *common law* deu lugar ao chamado *adversary system of litigation*⁷².

⁷² TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 20.

A opção pela não busca da verdade no processo, contudo, não vem expressa, mas é identificada de modo dissimulado. Talvez porque seja embaraçoso admitir-se abertamente que a verdade não precisa ser encontrada. Opta-se, assim, pelo uso de formas menos ostensivas como a idéia de que o melhor processo é aquele de modelo dispositivo e que os fatos admitidos pelo juiz na decisão são verdadeiros.

Em contraposição ao processo dispositivo, temos o processo inquisitivo que é comumente associado à busca da verdade, mas, também, ao autoritarismo e ao desrespeito das garantias processuais das partes, o que termina por impingir uma conotação ruim ao sistema de busca da verdade.

Emergem, então, duas linhas de pensamento assim sintetizadas: existe um modelo processual bom que é aquele dispositivo, no qual a procura pela verdade representa um desvalor e existe um sistema processual ruim, no qual a busca da verdade é considerada um valor, sendo, pois, a busca da verdade comumente associada a algo ruim.

Taruffo, analisando essa idéia geralmente difundida, anota que não se mostra, de fato, demonstrada a correspondência entre um modelo dispositivo e a negação da verdade como um de seus direcionamentos. Tampouco, está demonstrada a busca da verdade como orientação do processo inquisitivo⁷³. Com efeito, basta imaginarmos a hipótese de um processo inquisitivo no qual vigorem regras de prova legal ou que seja fundado em uma concepção irracionalista da prova, como, por exemplo, um processo fundamentado na tortura, na medida em que esta provoca confissões falsas.

Também não se pode admitir como dogma a incompatibilidade do processo dispositivo com a busca da verdade. Tomemos como exemplo a hipótese de um processo dispositivo sem limites à admissibilidade da prova e sem regras de prova legal, mas com incentivos para que as partes empreguem todas as provas disponíveis.

⁷³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 22.

Não podemos deixar de observar, inclusive, que esses argumentos de impossibilidade ideológica da busca da verdade pelo processo dispositivo referem-se ao modelo puro de processo dispositivo. Referido modelo, contudo, não é encontrável fora do mundo puramente teórico. No mundo fenomênico encontramos apenas modelos mistos ou versões mais ou menos atenuadas do modelo dispositivo.

Ocorre que, mesmo assim, a ideologia incorporada no modelo puro do processo dispositivo permanece de forma difusa a fundamentar a recusa a busca da verdade como uma finalidade relevante do processo. O que não pode ser concebido em face do direito fundamental a um processo legal orientado pelo valor da justiça.

2.3.3 A IMPOSSIBILIDADE PRÁTICA

Uma última linha de argumentação sustenta a impossibilidade da busca da verdade no processo por razões de ordem prática⁷⁴.

Por essa linha de argumentação, defende-se que o juiz não poderia alcançar a verdade no processo por razões de ordem prática como a falta de tempo e de instrumentos de conhecimento.

Na verdade, a discussão não deve ser pautada na possibilidade de se atingir a verdade absoluta no processo, o que, por certo, não existe. O que deve ser objeto de reflexão é a determinação de qual verdade relativa e racional pode ser concretamente acertada.

Efetivamente, não se pode obter no processo a verdade absoluta, como não se lhe pode obter em qualquer lugar. Os mecanismos de investigação da verdade são contextualmente limitados, quer por razões legais, quer por limites

⁷⁴ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 24.

tecnológicos ou financeiros, mas é sempre melhor perseguir essa verdade, que não perseguir verdade alguma.⁷⁵

2.3.4 RETÓRICA PERSUASIVA E SEMIÓTICA

Além das três orientações já analisadas quanto à impossibilidade da prova no processo civil (impossibilidade teórica, ideológica e prática), encontramos, ainda, outra ordem de idéias a considerar a verdade como um desvalor no processo. Trata-se do entendimento de que a verdade seria irrelevante para o processo⁷⁶.

Dentro dessa orientação, identificam-se duas variantes principais. A primeira delas se funda em uma análise retórica do processo, pelo que tudo o que acontece no processo não passe de um jogo de retórica persuasiva.

Assim, dentro do processo observa-se a existência de várias retóricas específicas: a do advogado, a do juiz, a da doutrina etc. A do advogado gozaria de especial relevância, pois é por meio dessa que se tentaria convencer o juiz de que a sua respectiva narração histórica é a correta.

Nesse contexto, o problema da verdade é redirecionado para as características peculiares da retórica como arte de persuasão. De fato, para a retórica, que visa obter o consenso sobre algo, são bons os argumentos que servem para convencer alguém, de modo a se atingir a sua finalidade, sem se questionar se estes são falsos ou não. Assim, a verdade é um valor que não interessa à técnica de persuasão.

⁷⁵ Nesse sentido observa Barbosa Moreira: “Pesquisa, sabemos, de resultados, ai de nós, sempre relativos, digo até precários, com os nossos rombudos instrumentos humanos. A parcela da verdade que podemos realmente atingir é reduzida; mas ao menos que se busque essa: antes buscar essa, do que não buscar nenhuma” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, abril - junho de 1984, p. 180-181).

⁷⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 27.

A segunda variante da irrelevância da verdade no processo se funda na aplicação de métodos e modelos semióticos aos problemas jurídicos, que privilegiem os aspectos lingüísticos desses problemas.

Pela semiologia, expressões da linguagem não correspondem a dados empíricos extralingüísticos, já que somente podem ser traduzidos em outra expressão lingüística, o que termina por remeter ao mecanismo da semiótica ilimitada, ou seja, ao contínuo e infinito reenvio de um dado lingüístico a um outro, em um continuísmo de significados, terminando por excluir a hipótese de que a linguagem usada pelo jurista tenha qualquer relação com a realidade empírica dos fatos.

As coisas não mudam quando se passa para a área contígua da semiótica estrutural, que se aplicada ao processo atribui dimensão à perspectiva de que o processo é um lugar em que alguns sujeitos narram histórias. Assim, caso se considere relevante, unicamente, o problema sob o seu aspecto semiótico estrutural, não se pode considerar a questão de aferição de correspondência entre este discurso e a realidade empírica.

Todas essas orientações são inaceitáveis em face do modelo constitucional de processo estabelecido pela Constituição Federal, em que se exige uma decisão fundada na verdade dos fatos.

2.4 VERDADE, VEROSSIMILHANÇA E PROBABILIDADE

Acima já verificamos que a busca da verdade no processo não pode ser negligenciada, por ser uma exigência do modelo constitucional de processo, requisito necessário para a obtenção de uma decisão justa (supra, item 1.5 e 1.6).

Assim, após constarmos o despropósito das argumentações que pretendem afirmar a impossibilidade da obtenção da verdade no processo, cumpre indagar qual é a verdade possível de ser alcançada.

A primeira premissa que deve ficar estabelecida é a negação de qualquer posição irracional ou ideológica que negue a possibilidade de se conhecer a realidade, o que se aceite, excluiria, como visto, a possibilidade de qualquer verdade sobre fatos.

Isso não significa, contudo, aceitar o chamado “realismo ingênuo”, bastante difundido entre os juristas⁷⁷. O “realismo ingênuo” consiste em pressupor a existência de uma realidade empírica e de uma capacidade do intelecto humano de ter conhecimento absoluto de tal realidade, chegando-se, em algumas vertentes desse pensamento, ao extremo de se identificar o conhecimento à realidade.

A insustentabilidade do realismo ingênuo não afasta a possibilidade de um realismo crítico, sobre o qual podem ser postas as bases teóricas do acerto da verdade dos fatos. Trata-se de ter consciência que a busca da verdade, em qualquer momento e em qualquer local, estará condicionada por diversos fatores. Efetivamente, qualquer pesquisa sobre a realidade, seja ela desenvolvida dentro do processo ou fora dele, terá seu resultado condicionado pelo contexto em que desenvolvida e pela metodologia utilizada e a finalidade pretendida.

Também deve ficar assente que a busca da verdade no processo é ideologicamente oportuna e em muitos aspectos necessárias.

A definição do processo como um mecanismo que busca a solução justa dos conflitos de interesses é uma clara opção ideológica, realizada pelo legislador constituinte, por um modelo de processo em detrimento de outro, puramente formal, em que se optasse apenas pela decisão de um conflito, *tout court*.

Assim, faz importante identificar os conceitos de verdade, verossimilhança e probabilidade, para que sejam evitadas confusões

⁷⁷ Ver, por todos: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 36.

terminológicas na atividade hermenêutica e se possa identificar qual a verdade possível no processo.

2.4.1 A VERDADE: CORRESPONDÊNCIA RACIONALMENTE JUSTIFICADA ENTRE AS ALEGAÇÕES E OS FATOS

Conforme visto anteriormente, devemos adotar uma postura de incluir a verificação verdadeira dos fatos entre uma das etapas para a efetiva realização do objetivo primordial do processo, qual seja, a solução dos conflitos, sob pena de não o fazendo, tornar impossível uma explicação racional do que consistiria uma decisão justa, maculando, assim, o modelo constitucional de processo.

Assim, importante se faz verificar não só o dever de busca da verdade no processo, como visto acima, mas também identificar o que pode ser reconhecido como verdade e quais os meios adequados para esse reconhecimento. Trata-se de uma verdadeira análise epistemológica, por se referir aos modos de se conhecer determinada coisa, no caso, a verdade das alegações de fato formuladas no processo.

A identificação daquilo que pode ser tido como verdade, i.e., o conceito de verdade, é assunto que há séculos vem sendo discutido no âmbito da filosofia.

Das diversas concepções acerca da verdade, podemos identificar duas linhas principais, a de verdade como correspondência e a de verdade como coerência; correspondência entre um enunciado e a realidade empírica e coerência entre os vários enunciados.

O âmbito do presente trabalho não comporta digressões acerca dos diversos conceitos de verdade, mas faz necessário o estabelecimento de qual concepção de verdade foi incorporada pelas exigências do modelo constitucional de processo.

A exigência constitucional de um processo efetivo e apto à solução de conflitos demanda a adoção de uma concepção de verdade como

correspondência entre aquilo que o juiz afirma acerca dos fatos e a realidade histórica dos fatos a que o juiz faz referência na decisão.

É que a obtenção de uma decisão justa, apta a atender ao comando de efetividade do processo e, pois, de solucionar adequadamente o conflito social submetido à tutela do Judiciário, não se coaduna com o conceito de verdade como coerência semântica. Para que reste constatada a verdade, nesta perspectiva de coerência semântica, seria necessária apenas a verificação de que a narração de uma história combina todos os seus eventos e comportamentos entre si, de forma coerente, independentemente de tal narração corresponder à realidade dos fatos.

Efetivamente, com o processo não se busca a consagração literária dos atores (juiz, advogado, testemunhas, peritos, partes), de modo a ser premiada a melhor narração. O que o processo deve obter, sendo portanto a esse fim direcionado, é uma decisão fundada, o mais que possível, nos fatos realmente ocorridos na realidade empírica. *Justiça se faz com fatos do mundo real e não com imaginação, sonho ou romance*⁷⁸.

Ninguém, em um Estado Democrático de Direito, aceitaria ser condenado, quer na órbita penal, quer no campo civil, por um fato que não aconteceu, mas que foi narrado de forma coerente.

Desta feita, a noção de verdade adotada pelo modelo constitucional de processo é a de verdade como correspondência: correspondência entre os enunciados e os fatos efetivamente ocorridos no mundo empírico⁷⁹, o que deve ser aferido a partir dos traços, isto é, dos resquícios que os eventos deixam marcados na realidade.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 146.

⁷⁹ “Il punto essenziale che qui vale la pena di sottolineare è la centralità che nel panorama delle varie teorie assume la definizione della verità come corrispondenza delle asserzioni ai fatti del modo empírico, covuta in particolare a Tarski. Questa definizione è rilevante non solo perché rappresenta una versione moderna e metodologicamente corretta della verità come corrispondenza, ma anche perché sempre dotata di un carattere di maggior generalità, o di più fondamentale portata, rispetto alle altre teorie della verità.” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 145).

Assumida essa idéia de verdade como correspondência⁸⁰, coloca-se o problema de identificar os limites e critérios com os quais se possa, no âmbito do processo, produzir uma descrição da realidade empírica que possa ser tida como correspondente àquilo que efetivamente acontece e, portanto, como verdadeira.

Por essa razão, a identificação pelo juiz dessa correspondência entre as alegações das partes e os fatos do mundo empírico deve ser racionalmente justificada. Esse procedimento de justificação remete a problemática da verdade ao estudo das provas, o que se fará a seguir.

2.4.2 A VEROSSIMILHANÇA: CONSTATAÇÃO DE QUE UMA ALEGAÇÃO CORRESPONDE AO QUE USUALMENTE ACONTECE (*ID QUOD PLERUMQUE ACCIDIT*)

Nesse contexto de busca da verdade, é importante identificar o que seja a verossimilhança. Expressão comumente, mas nem sempre acertadamente, utilizada no campo da prova, a verossimilhança não se confunde nem com a verdade e nem com a probabilidade.

A verossimilhança é um juízo de adequação entre o que foi alegado pelas partes e o que usualmente acontece no mundo empírico, isto é, *id quod plerunque accidit*.

Temos, pois, que o juízo de verossimilhança não se reporta diretamente à verdade dos fatos alegados pelas partes, mas sim a afirmação de que tais fatos, enquanto objeto de uma alegação, correspondem àquilo que usualmente acontece na sociedade.

A constatação da verossimilhança não depende da produção de qualquer elemento de prova, do mesmo modo que não se liga, senão de

⁸⁰ “A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 2).

maneira reflexa, à previsão antecipada do resultado que pode advir da produção da prova pelo réu. Afinal, a verificação da verossimilhança é dada pelos conhecimentos preexistentes do magistrado, em relação àquilo que usualmente acontece no mundo⁸¹.

A confusão que se estabelece em torno do termo verossimilhança surgiu a partir da tradução da expressão *Wahrscheinlichkeit* da doutrina alemã, cujo significado semântico pode ser identificado tanto como verossimilhança como probabilidade. Assim, a tradução de tal expressão tedesca sem levar em conta o seu caráter polissêmico deu azo a confusão terminológica que se instalou sobre o termo verossimilhança⁸². Observe-se que verossimilhança e probabilidade são conceitos diversos, que não devem ser confundidos, mesmo que em certo idioma, como no alemão, seja usado um único termo para expressar os dois significados.

Enquanto a qualificação de probabilidade refere-se à existência de elementos de prova que justifiquem a crença na veracidade da alegação de fato, a qualificação de verossimilhança relaciona-se com a aceitação da existência de uma semelhança de verdade na alegação de fato, na medida em que esta corresponderia à normalidade das coisas.

Assim, por vezes encontramos o termo verossimilhança utilizado equivocadamente com a pretensão de significar probabilidade, mas nem

⁸¹ A respeito, Eduardo Cambi observa: "... o conceito de verossimilhança não se confunde com o de verdade. Aliás, o próprio Calamandrei afirma que a verossimilhança não se confunde com o de verdade, mas a aparência ou mesmo a ilusão da verdade. E, ao conceituar verossimilhança, afirma que, para chegar a um juízo de verossimilhança, deve-se recorrer a um critério geral, já adquirido com precedência, mediante a observação do que ocorre normalmente (*quod plerumque accidit*).” (CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001, p. 58).

⁸² Nesse sentido Michele Taruffo: “Al riguardo la prima e principale constatazione da fare è che nella nostra dottrina l’analisi del concetto di verosimiglianza si fonda su un equivoco, avviato da Calamandrei ma non eliminato neppure nella dottrina più recente. L’equivoco è terminologico e quindi concettuale. L’aspetto terminologico consiste nel prendere le mosse dal termine tedesco *Wahrscheinlichkeit* e tradurlo con ‘verosimiglianza’, senza tener conto de fatto che così si considera solo un’area, e neppure la più importante, del significato del termine, e se ne trascura un’altra – di gran lunga più importante – nella quale esso significato invece ‘probabilità’.” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 159).

sempre devidamente esclarecido qual é o pretense grau de probabilidade exigido com o uso dessa expressão (item 6.3).

A verossimilhança, diferentemente da probabilidade, não exige confirmação por elementos de prova. Neste contexto, as regras, ou máximas, de experiência desenvolvem importante papel para que se estabeleça o juízo de verossimilhança. Deste modo, para identificar a verossimilhança, o juiz, utilizando-se das máximas de experiência que possui, faz um juízo acerca da alegação deduzida pela parte, de acordo com a freqüência com que fatos idênticos ou similares àqueles objetos da alegação acontecem na realidade.

Assim, esclarece Michele Taruffo:

Da questo punto di vista il punto di riferimento del giudizio di verosimiglianza può non essere la realtà, ma un'ipotesi che si formula intorno ad essa e che si impiega come parametro per valutare se un'asserzione è o non è verosimile.⁸³

As máximas da experiência, que devem ser utilizadas pelo juiz na identificação da verossimilhança, são regras gerais, formadas por indução, a partir da experiência daquilo que ordinariamente acontece na sociedade.

Importante não confundir ciência privada com máximas da experiência. A ciência privada do juiz é o conhecimento pessoal de fatos concretos relacionados à causa. A ciência privada está excluída do rol de elemento de convicção do julgador. O juiz que tiver conhecimento pessoal dos fatos da causa poderá prestar depoimento como testemunha (art. 409, I), o que implicará o seu automático impedimento para exercício de funções jurisdicionais no processo respectivo⁸⁴.

Diferentemente da ciência privada, as máximas da experiência, como dito, são percepções abstratas, decorrentes da experiência comum donde se

⁸³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 161.

⁸⁴ O impedimento do juiz é decorrência da idéia consubstanciada na máxima latina *testis non est judicare* (à testemunha não compete julgar).

estabelece, de forma genérica, que certos fatos geralmente acontecem em associação a outros certos fatos⁸⁵.

Portanto, o critério da verossimilhança é o critério da normalidade: o que é normal é verossímil. Contudo, o que é normal nem sempre é verdadeiro ou provável.

A produção de provas em juízo pode demonstrar que determinada alegação, não obstante verossímil, não é verdadeira. A verossimilhança, como dito, se estabelece em momento que podemos dizer, pré-probatório⁸⁶, pois independe da existência de provas para o caso específico, já que é gerada pelas regras da experiência, de acordo com o que usualmente acontece. O juízo de verossimilhança, assim, é dado pelo resultado da comparação entre a alegação da parte e aquilo que usualmente acontece, independentemente, pois, do resultado da análise do material probatório, que constitui o juízo de verdade ou de probabilidade, que deverá servir para a identificação do substrato fático a ser utilizado para a aplicação das normas jurídicas pelo instrumento da subsunção.

Com a dilação probatória pode ser identificado que, aquilo que usualmente acontece, não ocorreu, ou pelo menos, que não se deu na forma narrada. Teremos, pois, uma alegação verossímil, porque semelhante à realidade, mas falsa, por que efetivamente diferente da realidade empírica. O inverso é igualmente possível, isto é, uma alegação inverossímil que, com a instrução probatória, venha a ser identificada como verdadeira.

O juízo de verossimilhança, pois, é um juízo provisório, ao passo que o juízo de verdade é um juízo final, fundado no exame das provas produzidas, de modo a se determinar, como já fora dito acima, a efetiva correspondência entre as alegações da parte e as ocorrências verificáveis no mundo fenomênico.

⁸⁵ Ver, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001.

⁸⁶ “La verosimiglianza, dunque, non esprime conscienze o gradi di conscenza, poiché questi sono forniti dagli elementi di prova dell’asserzione sul fatto mentre la verosimiglianza prescinde dagli elementi di prova e – nel processo – rileva in momenti anteriori all’acquisizione delle prove.” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 164).

2.4.3 A PROBABILIDADE: CONFIRMAÇÃO DE UMA ALEGAÇÃO POR UMA CONFIÁVEL INFERÊNCIA

Em face da dificuldade de se falar em verdade, em virtude das razões já indicadas no item 2.3, verifica-se uma tendência de se usar a expressão probabilidade para explicar a decisão judicial acerca dos fatos.

Acontece que, a opção pelo uso da expressão probabilidade, antes de resolver eventuais divergências acerca da verdade, termina por ocasionar outros problemas.

De início, se a expressão "provável" for usada de modo amplo para designar o enunciado de fato que não seja dotado de uma crença de verdade absoluta, mas também que não seja tido como certamente falso, permaneceremos em um nível extremamente vago, sem esclarecer-se o que realmente se exprime quando se diz que algo é provável.

O significado da expressão "probabilidade" não é algo simples e nem, tampouco, homogêneo. Existem, na atualidade, vários conceitos de probabilidade. Podemos citar, por exemplo, a probabilidade lógica e a probabilidade estatística⁸⁷. Ignorar essa imprecisão do significado de 'probabilidade' é dar lugar a possibilidade de incontáveis erros e mal-compreensões.

Assim, não se pode admitir referências genéricas à probabilidade, sob pena de fazer-se enunciações desprovidas de significado, na medida em que, dizer que algo é provável não significa, *objetivamente*, coisa alguma; pois provável é tudo o que não é absolutamente verdadeiro (ou absolutamente falso), e como a verdade absoluta é impossível, tudo é, de fato, provável.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 199.

Nesse contexto de uso genérico e vulgarizado da expressão "provável" é que se opera a confusão com a noção de verossímil.

A constatação da verossimilhança, conforme visto, não depende de provas, sendo estabelecida apenas pela comparação entre a narração de um fato e aquilo que ordinariamente acontece. Já a probabilidade somente pode ser afirmada em face das provas produzidas, a partir das quais, por meio de juízo de inferência, estabelecesse a conclusão acerca da probabilidade de certa afirmação.

Assim, o correto uso da expressão probabilidade exige a consciência de que o juiz deve construir uma inferência lógica entre os enunciados sobre os fatos. É que o juiz não entra em contato direto com os fatos da causa, pois os mesmos acontecem, de regra, antes e fora do processo. Mesmo no caso das inspeções judiciais, o juiz pode não ter acesso direto aos fatos da causa, mas apenas aos seus resquícios (art. 440/443 do CPC⁸⁸).

Assim, a formação do convencimento do juiz se faz por meio de enunciados descritivos dos fatos da causa e não com o acontecimento desses fatos em sua presença.

Desse modo, cabe ao juiz estabelecer um critério de inferência entre os enunciados probatórios advindos das provas produzidas (p. ex. a declaração de uma testemunha ou a afirmação de um perito) e o fato objeto da alegação a ser provada (p. ex. um fato ilícito produtor de um dano). É por meio dessa

⁸⁸ "Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

Art. 441. Ao realizar a inspeção direta, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos.

Art. 442. O juiz irá ao local, onde se encontre a pessoa ou coisa, quando:

I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II - a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III - determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.

Art. 443. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia."

inferência que o juiz estabelece o vínculo entre o enunciado probatório e a alegação a ser provada, de modo que a alegação reste confirmada pelo enunciado probatório, derivando-a racionalmente deste, que se assume como verdadeiro.

Os critérios pelos quais o juiz constitui a inferência probatória podem variar e, efetivamente variam, de caso a caso. Em certas situações, essa inferência pode estar fundada em critério nomológico-dedutivo, a partir de leis científicas de caráter geral, que estabelecem, para todos os casos possíveis, uma relação determinada entre um fato e um outro fato, que se expressa na fórmula: 'toda vez que verificado X, temos também Y'. Em outras, contudo, a inferência pode estar fundada em critério não geral, como as regras da experiência, donde surgem relevantes questões acerca da identificação de uma alegação sobre fato como provável.

As máximas da experiência, ou seja, regras que se admitem como fundadas no senso comum e na cultura de certo lugar e momento histórico, são freqüentemente utilizadas, tanto no processo como fora dele, para a determinação da probabilidade acerca de uma determinada alegação de fato. A propósito, o Código de Processo Civil expressamente autoriza, em seu artigo 335⁸⁹, o uso das regras da experiência pelo juiz.

O problema se apresenta quando se percebe que essas "regras" da experiência são formadas por critérios lógicos e cognitivos totalmente incertos. Eles variam de acordo com o lugar e o tempo em que formulada a "regra" e não raro podem ser contrárias, em certos contextos, a outras regras que convivem no mesmo espaço de tempo e lugar.

Assim, não se sabe como é d'onde essa 'regra' foi formulada, não sendo certo sequer qual a sua base indutiva ou seu fundamento empírico.

⁸⁹ "Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."

De outro lado, mesmo que ignorados esses problemas, não poderíamos esquecer que o senso comum, berço das regras da experiência, é um imenso repositório de falsas noções e de generalizações infundadas e não confiáveis.

A solução de ambos os inconvenientes reside nas mãos do juiz, que ao fazer uso das regras ou máximas da experiência para construir sua inferência, deve verificar-lhe a confiabilidade e o valor cognitivo, pois *a conclusão que da máxima derivar não poderá ter grau de segurança maior que àquele da própria 'regra' de experiência.*

2.5 PROBABILIDADE: A MEDIDA DA VERDADE

O conceito de probabilidade a ser utilizado no processo é aquele da probabilidade lógica ou baconiana, cujo núcleo essencial não faz qualquer referência à frequência estatística, mas se reporta especificamente ao grau de confirmação que um enunciado auferir da inferência fundada sobre premissas que o justifiquem⁹⁰.

Sobre o assunto, explica Michele Taruffo:

È noto d'altronde che la probabilità pascaliana rappresenta solo uno dei due grandi filoni della concezione della probabilità; l'altro è costituito dalla probabilità che è stata per costrato definita 'baconiana' o 'logica'. Essa ha come carattere fondamentale di non ricercare la determinazione quantitativa delle frequenze relative di classi di eventi, ma di razionalizzare l'incertezza relativa all'ipotesi su un fatto riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (o di prova) disponibili in relazione a quell'ipotesi. In questa concezione il grado di probabilità dell'ipotesi equivale al grado in cui gli elementi di conferma forniscono supporto all'ipotesi.⁹¹

⁹⁰ Ver, a respeito, Dorothy Coleman. *Baconian Probability and Hume's Theory of Testimony*. (online).

⁹¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 199-200.

Temos, assim, que um enunciado de fato é mais ou menos provável de ser verdade em função da qualidade e quantidade dos elementos de confirmação fornecidos pelas provas e que irão figurar na base da inferência.

De fato, o grau de confirmação de um enunciado de fato depende da prova que a ele se refere. Afinal, se a verdade absoluta é algo impossível de ser alcançado, temos que reconhecer que a probabilidade é a medida da verdade possível⁹². Afinal, conforme já dissemos, o juiz não entra em contato direto com o fato objeto da alegação a ser provada, mas apenas o analisa por meio dos elementos de prova postos à sua disposição no processo. A partir desses elementos de prova, ele confirma, através de inferências, a probabilidade das alegações.

Cândido Rangel Dinamarco observa que:

Todo o direito – em especialmente o processual – opera em torno de certezas, probabilidade e riscos, sendo que as próprias certezas não passam de probabilidades muito qualificadas e jamais são absolutas porque o espírito humano não é capaz de captar com fidelidade e segurança todos os aspectos das realidades que o circundam.⁹³

Nesse contexto, podem ocorrer diversas situações em relação às provas produzidas com a finalidade de confirmar a alegação de fato formulada.

A mais simples delas acontece quando existe prova direta acerca da alegação objeto da prova. É o que acontece quando o enunciado que exprime o *fatum probans* e idêntico ao enunciado que descreve o *factum probandum*, quando, por exemplo, a testemunha afirma a veracidade de um fato principal da causa. Neste caso o grau de confirmação da alegação sobre os fatos dependerá apenas do nível de confiabilidade da prova, no exemplo, do grau

⁹² “A ‘verdade’ – conceito absoluto – é intangível. A falibilidade do ser humano não lhe permite sequer saber se e quando a está de fato alcançado. Um evento que ocorreu no passado talvez jamais possa ser reconstruído exatamente como foi. Isso não quer dizer que o juiz deva renunciar ao ideal de atingir a verdade.” (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, n. 91, julho – setembro de 1998, p. 94).

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 115.

de credibilidade da testemunha, cujo conteúdo do depoimento estará na base da inferência.

Existem, contudo, situações mais complexas, como aquela em que temos prova indireta. É o que acontece quando o enunciado probatório não coincide com o enunciado a ser provado, mas sim com um fato a este relacionado, ou seja, o conteúdo da prova refere-se a fato secundário àquele a ser provado.

Nesse caso, o grau de confirmação da alegação de fato deriva não só da credibilidade da prova, como também da confiabilidade da inferência estabelecida pelo juiz. É que, agora, a inferência que o juiz deve fazer não é dada, mas construída, à medida que cabe ao juiz estabelecer que do fato secundário enunciado pelas provas, deriva a confirmação do fato principal.

Situação ainda mais complexa ocorre quando, em relação à mesma alegação de fato, existem várias provas, podendo ser elas diretas ou indiretas. Para se identificar o grau de probabilidade da alegação, necessário será verificar o grau de confiabilidade de todas as provas e inferências, para assim poder estabelecer o grau de confirmação geral da alegação de fato. A tarefa é simples quando todas as provas convergem no mesmo sentido. A dificuldade dessa situação surge quando as provas enunciam fatos divergentes. Quando umas afirmam a veracidade da alegação e outras afirmam sua falsidade ou, ainda, afirmam uma versão diferente para o mesmo fato alegado.

Na situação em que as provas divergem entre si, o juiz deverá formular uma valoração comparativa dos elementos de confirmação da alegação de fato a ser provada, por meio de uma confrontação do grau de confiabilidade de cada uma delas.

Essa valoração deve ser resultado de raciocínio analítico da prova pelo juiz, que dará causa a sua decisão final acerca das alegações de fato da causa. O raciocínio de que se fala resulta de um conjunto mais ou menos complexo de escolhas e de inferências racionais fundadas sobre a valoração

de cada uma das provas em relação a cada um dos enunciados de fato relevantes para a decisão.

2.5.1 PROVAS DIVERGENTES E A PROBABILIDADE PREVALENTE

Já se assentou que a verdade possível no processo é aquela determinada pela probabilidade de veracidade das alegações de fato, tendo em vista que a verdade absoluta é impossível, em qualquer campo da existência material, por estar o conhecimento sempre contextualmente limitado.

Também já fixamos que a probabilidade de que se fala no processo é, via de regra, a probabilidade lógica ou baconiana, em que se leva em conta o caráter qualitativo e não quantitativo.

Devemos agora estabelecer os critérios de acordo com os quais o juiz formula a escolha final acerca dos enunciados de fato que estabelece como fundamentos da decisão.

Sobre esse assunto devemos considerar que, algumas vezes, tais critérios vêm pré-determinados pela lei. É caso, por exemplo, da expressão utilizada no direito americano *beyond any reasonable doubt*, cujo equivalente na legislação brasileira é o *in dubio pro reo*. De acordo com essa regra, a alegação sobre a conduta do acusado deve obter um elevado grau de certeza a fim de possibilitar a condenação do acusado, sendo tal grau de certeza equivalente à inexistência de dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu.

No processo civil, em geral, não existem critérios pré-determinados para a decisão, pelo juiz, acerca dos enunciados de fato que lhe são postos para exame. Exceção feita às regras de prova legal ainda existentes na legislação (item 3.3 e 7.1). Quando o ordenamento prevê uma norma de prova legal, a escolha do juiz acerca dos fatos que irão servir de base à decisão torna-se limitada. Por vezes, o ordenamento estabelece limites à prova de certas alegações, exigindo que sejam feitas por intermédio de certos meios de provas.

Em outras ocasiões, a legislação cria presunções absolutas da verdade de certos fatos, sempre que produzida determinada prova, subtraindo do juiz, assim, a possibilidade de valorar a confiabilidade do elemento de confirmação e da inferência que a partir dele se forma.

A regra, contudo, é o livre convencimento motivado (item 3.3), segundo o qual cabe ao juiz realizar a escolha das alegações de fato que serão tidas por verdadeiras e servirão de base à decisão. Essa escolha, conforme dito, deve ser racionalmente justificada, por força do princípio da motivação das decisões judiciais.

Nas situações em que o ordenamento fixa os critérios para a escolha do juiz acerca dos fatos, não há o que perquirir, senão quanto à razoabilidade dessas limitações legais ao livre convencimento motivado, caso a caso, em face do modelo constitucional de processo.

Já, quando o ordenamento não fixa critérios para a escolha dos fatos, deixando-a inteiramente a cargo do juiz, por força da sistemática do livre convencimento, mostra-se necessário demonstrar de acordo com quais critérios o juiz poderá racionalmente fazer essas escolhas.

O critério que parece apropriado é o da probabilidade prevalente, que corresponde à *preponderance of evidence*, do direito anglo-americano, também identificado como critério do "mais provável que sim do que não" (*più probabile que no*)⁹⁴.

O critério da probabilidade lógica prevalente, segundo a lição de Michele Taruffo⁹⁵, consiste na combinação de duas regras.

A primeira dessas regras indica que é racional escolher a hipótese que é confirmada em maior grau que a hipótese que lhe é contrária. Assim, se toda alegação de fato possui duas hipóteses, a de sua verdade e a de sua falsidade, é racional que se escolha a hipótese que seja mais provável em relação àquela

⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 272 e ss.

⁹⁵ Idem.

alegação de fato. Se por exemplo, a hipótese positiva, ou seja, da veracidade da alegação, está fundada em qualquer elemento de prova, mas não o suficiente para fundamentar a probabilidade lógica prevalente de tal hipótese, o juiz deve concluir que o fato não está provado. Afinal, neste caso, a probabilidade prevalente será a da falsidade da alegação.

A segunda regra é uma complementação da primeira, a ser utilizada apenas nos casos em que para o mesmo fato existam várias hipóteses diversas. Nesse caso, o critério racional demanda a escolha da hipótese que possua um grau de confirmação probatória relativamente superior a qualquer das outras hipóteses. Assim, se existem diversas versões para o mesmo fato, cada uma confirmada por diferentes elementos de prova, não há outra coisa racional a fazer que escolher a versão dotada de maior grau de confirmação probatória.

Após a aplicação da segunda regra, isto é, verificada qual a versão prevalente entre as várias possíveis, deverá ser aplicada, ainda, a primeira regra referente ao *più probabile che non*. O enunciado escolhido pela aplicação da segunda regra somente será considerado verdadeiro se possuir um grau de probabilidade superior ao seu contrário.

Assim, não só a alegação há de ser a mais provável entre todas as demais possíveis, como deve ser a mais provável em relação ao seu próprio oposto, isto é, a sua própria versão contrária.

3 ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS

Nos itens 1 e 2, já estabelecemos as considerações propedêuticas sobre a verdade e a sua relação com o processo. Agora, cumpre observar quanto aos mecanismos de que lança mão o ordenamento jurídico para que o juiz possa atingir a verdade racional que deve ser alcançada no processo.

De fato, uma vez constatada que a verificação da verdade não pode ser negligenciada no processo, faz-se necessário determinar qual a capacidade do processo de produzir decisões baseadas na verdade, de acordo com o regramento legal da matéria, a partir de uma hermenêutica fundada no modelo constitucional de processo.

3.1 NOÇÃO PRELIMINAR DE PROVA: A PROVA EM SUAS TRÊS DIMENSÕES

De início, faz-se necessário identificarmos os diversos sentidos em que a palavra “prova” é usada, já que é vocábulo plurissignificante, pois pode ser usado em mais de uma perspectiva semântica.

Em uma primeira e mais importante acepção, prova, tida em seu aspecto subjetivo, é o convencimento acerca da verdade das alegações formuladas pelas partes. É o juízo intelectual que se forma no íntimo do julgador sobre a efetiva correspondência entre o alegado pela parte e aquilo que efetivamente aconteceu no mundo empírico. Esse é o sentido que se extrai quando se utiliza a palavra prova em frases do tipo “o autor fez a prova de sua intenção”.

Esse juízo intelectual de correspondência, deve ser controlado por meio do mecanismo de justificação racional decorrente da sistemática do livre convencimento motivado e imposto pelo princípio da motivação (art. 93, IX, CF/88).

Nos demais sentidos, o vocábulo prova expressa um aspecto objetivo.

Assim, temos em uma segunda acepção, que prova significa o meio de demonstrar as alegações considerado em si mesmo. Diz-se assim, prova testemunhal, prova pericial, prova documental.

A terceira utilização do vocábulo prova se coloca em um meio termo entre as duas acepções anteriores. Prova significa, pois, a atividade (3º significado) de produção dos atos ou dos meios (prova na 2ª acepção), com que se busca formar no julgador o convencimento da verdade (prova no 1º sentido) daquilo que foi alegado. A essa atividade regulada por lei dá-se o nome de procedimento probatório.

Apesar de ser possível fazer essa diferenciação, na utilização semântica da palavra prova, temos que reconhecer que, na prática, essas três dimensões da prova são indissociáveis entre si, ocorrendo simultaneamente como integrantes de um único fenômeno.

Portanto, podemos dizer que provar é o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade⁹⁶, ou seja, é o conjunto de ações pelas quais se faz um juízo de inteligência da correspondência entre o alegado e os fatos do mundo empírico, unificando-se a noção tripartite de prova como atividade, meio e resultado.

⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 2.

3.2 OBJETO DA PROVA

O objeto da prova são as alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa. Apesar de usualmente falar-se em prova dos fatos, a ação de prova recai sobre a alegação das partes⁹⁷.

Provar significa atribuir a qualidade de verdade a uma alegação. Os fatos não são passíveis de tal qualificação. Fatos não são verdadeiros ou falsos. Os fatos existem ou não existem, aconteceram ou não aconteceram. O que pode ser falso ou verdadeiro, correta ou errada é narração daqueles fatos, consubstanciada na alegação formulada pela parte no processo⁹⁸.

O objeto da prova, como dito, refere-se às alegações de fato relevantes para a causa, o que exclui a prova de direitos ou de conseqüências jurídicas dos fatos. Demonstrada pela prova a veracidade das alegações das partes quanto aos fatos, caberá ao juiz, extrair suas conclusões quanto à incidência da norma e as conseqüências jurídicas daí advindas, em sua plena liberdade interpretativa.

Não é qualquer alegação, contudo, que deve ser objeto da prova. Apenas as alegações controvertidas, que não sejam notórias ou presumidas, é que devem ser objeto da prova. Excepcionalmente, contudo, pode-se admitir a produção de prova acerca dessas alegações, inclusive por iniciativa judicial.

A controvérsia de uma alegação surge quando a parte contra quem se produz a alegação opõe-se a mesma, seja por meio de pura e simples negação (contrapondo-se à existência dos fatos que consubstanciam a alegação), seja por meio da apresentação de uma versão diferente da produzida pela parte

⁹⁷ Cfr., por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

⁹⁸ “A idéia de prova vem sempre ligada à demonstração de uma proposição. Se tal proposição refere-se a fatos, a prova terá por objeto evidenciar a correspondência da versão dos fatos constantes da proposição e os fatos em si mesmos.” (MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. *Revista de Processo*, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 61).

adversa e que seja com aquela incompatível (art. 302, III). A partir daí e desde que a questão, isto é, o ponto controvertido⁹⁹, seja relevante para o deslinde da controvérsia, passa a alegação a ser objeto da prova. É que, se as partes estão acordes em relação às alegações de fato relevantes para o deslinde da causa, a princípio, não é cabível a produção de provas (art. 334, II e III)¹⁰⁰. Excepcionalmente, contudo, o CPC prevê hipóteses em que as alegações, mesmo que incontroversas, não são excluídas do objeto da prova, pois sobre elas, mesmo na ausência de impugnação pela parte a quem prejudique, não passa a militar qualquer presunção de veracidade. É o caso daquelas a cujo respeito não é admissível confissão (arts. 302, I e 320, II) e das quais a prova depende de documento público (arts. 302, II, e 320, III) (infra item 9.2.).

De regra, a prova também não é cabível em relação às alegações em cujo favor milita presunção de veracidade (art. 334, IV) ou que podem ser tidas

⁹⁹ “A controvérsia gera a questão, definida como dúvida sobre um ponto, ou como ponto controvertido. Se não há controvérsia, o ponto (fundamento da demanda ou da defesa) permanece sempre como ponto, sem se erigir em questão. E mero ponto, na técnica processual, em princípio independe de prova.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 59).

¹⁰⁰ O Código de Processo Civil consagrou o princípio da eventualidade e o ônus da impugnação específica, de modo que toda a matéria de defesa deve ser deduzida na oportunidade da contestação, cabendo ao réu contrapor-se especificamente a cada alegação do autor, sob pena de deixá-la incontroversa e, portanto, excluída do objeto da prova que se pretenda produzir nos autos (arts. 300, 302 e 319) (infra 9.2.). Cândido Rangel Dinamarco obtempera que “não só na contestação pode ser criada controvérsia em torno dos fatos alegados na petição inicial. Ainda que não haja contestado ou omita a impugnação dos fatos na contestação que ofereceu, o réu terá criado controvérsia se em reconvenção trazer versão diferente (até porque a demanda reconvençional deve ser conexa à inicial ou à defesa: art. 315) ou se o tiver feito na exceção de incompetência ou de suspeição ou impedimento do juiz.” (idem, p. 61).

por notórias (art. 334, I)¹⁰¹. Apesar do que, tem a parte o ônus de demonstrar a notoriedade do fato alegado para poder valer-se da regra do artigo 334, I, do CPC. Assim, o objeto da prova desloca-se da alegação de fato em si, para a notoriedade acerca do fato alegado.

Em todos esses casos, indicados no artigo 334 do CPC, as alegações de fato são excluídas do objeto da prova porque em relação às mesmas o próprio legislador já fez prévios juízos de probabilidade, estabelecendo que, acaso configurada as referidas hipóteses do artigo 334, dever-se-ia, via de regra, atribuir alto grau de probabilidade às tais alegações, gerando sobre as mesmas uma presunção, ainda que relativa, de veracidade. Tal presunção não é absoluta, pelo que poderá ser desconstituída em face dos demais elementos de convicção existentes no processo.

As questões de direito, por diferente razão, também estão excluídas do objeto da prova, uma vez que ao juiz é dado conhecer do direito (*jura novit curia*), de modo a aplicá-lo à situação de fato trazida aos autos pelas partes. Trata-se, inclusive, de decorrência da regra geral prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece a presunção do conhecimento do direito por

¹⁰¹ Fato notório é aquele cuja existência e sabida por todos. Dizer apenas isso, contudo, não é suficiente para se identificar com segurança o que caracterize um fato notório, na medida em que não delimitado o universo de pessoas que compõem o grupo “todos”, que deve ter ciência de certo fato para que ele possa ser havido por notório.

A questão mostra-se ainda mais relevante quando se põe em evidência o julgamento das questões de fato na 2ª instância. É que estando o tribunal mais afastado da comunidade em que ocorreram os fatos objeto do litígio, dificilmente poderá o julgador aferir, por conhecimento próprio, a notoriedade. Isso acontece, por exemplo, quando o TRF, cuja jurisdição abrange vários Estados, julga causa originária de seção judiciária que seja distante da sede da corte. Vê-se, de logo, que a notoriedade não pode estar, como de fato não está, gizada pelo órgão julgador.

A qualificação de notoriedade não é, pois, aferível no âmbito do órgão jurisdicional ou, sequer, no círculo social em que porventura viva o magistrado. A notoriedade é determinada no contexto da causa. A classificação de um determinado fato como notório é eminentemente relativa, pois varia de acordo com o local e com o tempo.

Assim, a notoriedade deve ser aferida pelo juiz a partir do contexto da causa, isto é, em relação à parcela da população a que interessam os fatos da causa.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ: “prova - fato notório - dispensa. A circunstancia de o fato encontrar certa publicidade na imprensa não basta para tê-lo como notório, de maneira a dispensar a prova. Necessário que seu conhecimento integre o comumente sabido, ao menos **em determinado estrato social por parcela da população a que interesse**. recurso especial - reexame de prova - inadmissibilidade.” (REsp 7555, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 03.06.1991, p. 7425) – grifo nosso.

todas as pessoas (art. 3º). Contudo, o CPC prevê exceção a essa regra, estabelecendo que “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

Veja-se que a prova não se dá sobre a existência do direito material em litígio. O que o Código prevê é que a parte faça prova da existência e da vigência do texto legal de cujo teor pretende extrair, em cotejo com os fatos alegados, o direito subjetivo afirmado em juízo. Caberá sempre ao juiz fazer a interpretação do texto legal, determinando sua hipótese de incidência e aplicando-lhe ao caso concreto, a fim de verificar a real existência do direito subjetivo da parte.

A identificação das alegações de fato que deverão ser objeto de prova cabe ao juiz que, por ocasião do saneamento do processo, fixa os pontos controvertidos e determina as provas a serem produzidas.

Nem todos os pontos controvertidos, contudo, deverão ser objeto de prova. Apenas as questões relevantes para o deslinde da causa é que deverão ser objeto da instrução processual. Na identificação do que seja relevante o juiz, diferentemente do historiador, não tem ampla liberdade em tal definição¹⁰².

A identificação das questões relevantes faz-se a partir do exame do pedido e da causa de pedir delineados pelo autor em sua inicial. Somente aquilo que for necessário para autorizar a incidência da norma jurídica que, acaso aplicada à espécie, fará surgir o suporte jurídico para o deferimento da

¹⁰² “Nel processo si dimostrano fatti non per soddisfare esigenze di conoscenza allo stato puro, ma per risolvere controversie giuridiche vertenti sull'esistenza di diritti: si accerta cioè il fatto non in sè ma in quanto esso è il presupposto per l'applicazione di norme nel caso concreto. (...) nel processo i fatti di cui occorre stabilire la verità vengono individuati sulla base di criteri giuridici, rappresentati essenzialmente dalle norme che si ritengono applicabili per decidere la specifica controversia. Per usare una formula sintetica: è il diritto che definisce e determina ciò che nel processo costituisce ‘il fatto’”. (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 68-69).

pretensão do autor, deve ser objeto de prova¹⁰³. Assim, antes de iniciar a instrução do processo, deve o juiz verificar quais fatos foram juridicizados pela norma que se pretende aplicável à lide, para, a partir da identificação da tal hipótese de incidência (*fattispecie*), definir quais alegações serão objeto de prova¹⁰⁴.

¹⁰³ Nesse sentido decidiu o TRF 2ª Região, no julgamento da AC – Apelação Cível – 325064, no processo 2000.51.01.519743-6, Rel. Des. JUIZ SERGIO SCHWAITZER, DJ 17/05/2004, p. 324:

“PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - PROVAS - PERÍCIA E INDEFERIMENTO - IMPERTINÊNCIA DE APURAÇÃO DE ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA E EVOLUÇÃO DO VALOR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM FEITO CUJO OBJETO É A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL - AGENTES AGRESSIVOS NÃO INDICADOS NA INICIAL - INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL DE CAUSA DE PEDIR - PRESTÍGIO DO LAUDO TÉCNICO EM FACE DE OUTRAS PROVAS.

I - No direito processual civil brasileiro, é absolutamente inadmissível o ajuizamento de pedidos cumulados em face de dois réus sem que entre eles haja qualquer identidade em relativamente à ação ou ao objeto desta.

II - In casu, da leitura da peça inaugural, evidencia-se que o autor propõe duas ações distintas, com objetos específicos, em face de réus diversos, em franca afronta ao disposto no caput do art. 292 do CPC, o qual, em sua literal disposição, autoriza, tão somente, "a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão", impondo-se, portanto, a extinção em relação à SIEMENS LTDA..

III - Não se há falar em cerceamento do direito de defesa face a aduzido indeferimento da produção de prova pericial, vez que o inc. II, art. 420, do CPC, é conferido ao Juiz, que é o destinatário da prova, através da qual formula seu convencimento, o poder de indeferir ou dispensa-las, sendo também certo que o Juiz é através da qual formulará seu convencimento. Deve ser indeferida a produção de prova pericial para apurar a evolução dos índices de correção dos benefícios previdenciários em ação cujo objeto seja a concessão de aposentadoria especial, vez que só se vislumbra sua conveniência em feito cujo objeto seja pertinente à revisão de benefício em manutenção ou de renda mensal inicial.

IV - Melhor sorte não deve ter o pedido nomeação de perito para comprovar, em sede de recurso, a exposição a fatores químicos e biológicos quando não são causa de pedir da petição inicial, vez que fixada a lide na exposição a agente físico (raio X).

V - Revelam-se absolutamente idôneos para o julgamento da lide, prescindindo de perícia judicial, os Laudos Técnicos acostados, ainda quando contrastem com as Informações sobre Atividades com Exposição a Agentes Agressivos, vez que, na valoração da prova carreada aos autos, o Laudo Técnico deve ser prestigiado, mormente em se considerando que este é peça produzida por perito, enquanto aquelas Informações são prestadas pelo empregador, ou seus representantes, em atividades precípuas de administração, portanto, não se amparando, necessariamente, em qualificação técnica.”

¹⁰⁴ “Poderíamos afirmar que em certa medida, a realidade é composta de fatos que coexistem ou se sucedem, estando vinculados entre si, ou não. Nessa realidade múltipla, alguns fatos são juridicamente relevantes, enquanto outros são destituídos desse significado. Estes, classificam-se como fatos meramente naturais e aqueles, como fatos jurídicos. Esta qualidade lhes é atribuída porque contêm na sua composição elementos que o ordenamento jurídico considera hábeis a fazê-los ingressar no mundo jurídico, tornando-os juridicamente conseqüentes.” (MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. *Revista de Processo*, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 60).

As demais alegações que, por vezes, fazem parte do discurso (supra item 2.3.4 – retórica persuasiva) das partes no processo, com a finalidade última de sensibilizar o julgador, não devem ser objeto de prova, se não forem elas pressupostos fáticos (hipóteses de incidência), para a aplicação da norma jurídica que, a juízo do magistrado, regula a situação posta em julgamento.

O mesmo pensamento deve ser aplicado à prova das alegações do réu. Aquelas alegações que não se constituam óbices à incidência da norma jurídica reguladora da conduta em exame, notadamente, as alegações que não se reportem a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo autor, não devem ser objeto de prova.

As alegações sobre fatos secundários, isto é, aqueles que não estão incluídos na hipótese de incidência da norma, podem vir a ser objeto de prova apenas quando sejam relevantes para a formação do convencimento do julgador acerca da existência do fato principal.

Assim, somente serão produzidas provas das alegações referentes a fatos secundários na medida em que deles possa o magistrado extrair a existência ou o modo de ser do fato principal. Tal ocorre com os indícios, que possibilitam a formação das presunções legais ou judiciais, configurando a chamada 'prova indireta'.

A produção de provas acerca de fatos irrelevantes para a incidência da norma jurídica reguladora que daria sustentação à pretensão das partes implica ofensa ao modelo constitucional de processo, mormente no que se refere à garantia de um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII), além de, obviamente, ser um injustificado gasto de tempo e dinheiro, a contribuir fortemente para o agravamento das dilações patológicas do processo.

3.3 CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Falar em critérios de valoração da prova é determinar quais os mecanismos utilizados pelo juiz para avaliar a capacidade de convencimento dos meios de prova produzidos. Trata-se, portanto, dos critérios utilizados para aferir a capacidade que as provas constantes dos autos têm para gerar no íntimo do julgador um convencimento da verdade das alegações das partes, isto é, para convencer racionalmente o julgador da correspondência entre as alegações e os acontecimentos do mundo fenomênico.

A valoração da prova, do modo como estabelecida na atualidade, é realizada pelo juiz com ampla liberdade, por meio do método que se convencionou chamar de livre convencimento motivado. Apenas alguns poucos e específicos parâmetros são fixados em lei, como é o caso das limitações probatórias (infra item 7).

Dessa forma, o juiz aprecia os elementos de prova de acordo com a influência que cada um efetivamente exerça sobre seu espírito crítico. Essa liberdade de valoração da prova encontra seu contrapeso na necessidade de motivação explícita, por parte do julgador, das razões de seu convencimento quanto às alegações das partes.

Caberá ao julgador, assim, explicitar, por exemplo, porque atribuiu alto valor probatório ao depoimento da testemunha 'A', ao mesmo tempo em que atribuiu nenhum valor ao da testemunha 'B'¹⁰⁵. Daí a própria denominação desse sistema de valoração de prova: é livre, porque o juiz, em regra, não tem amarras na atribuição do valor probatório aos meios de prova produzidos, e é motivado, porque o juiz tem o dever de justificar racionalmente o seu convencimento.

¹⁰⁵ No sistema do livre convencimento motivado, o antigo aforismo *testis unus, testis nullus*, inspirado no trecho do Deuteronômio ("não valerá contra alguém uma só testemunha, mas tudo passará como certo se depuserem duas ou três testemunhas"), deve ser entendido com reservas. O testemunho de uma única pessoa, a depender da credibilidade que este seja capaz de transmitir, pode ser considerado, com as cautelas que o caso exigir, prova suficiente para a afirmação da probabilidade prevalente pelo juiz.

Não existe na lei previsão de prevalência de um meio de prova sobre outro. Ao juiz, pelo livre convencimento motivado, é dado valorar livremente as provas, independentemente de se tratar de uma prova documental, de uma prova testemunhal, de uma perícia ou até de uma confissão. Pode, inclusive, dar prevalência a uma prova testemunhal em face de uma documental, se entender que pelas circunstâncias do caso aquela deve ter prevalência sobre esta. É certo, contudo, que a experiência termina ensinando ao julgador regras que ele mesmo se determina, no sentido de dar maior prevalência a certos meios de prova em detrimento de outros. Assim, é comum entender-se, por exemplo, que uma prova documental é mais importante que uma prova testemunha. Essas, por assim dizer “regras da experiência comum” são puramente subjetivas e estabelecidas pelos próprios julgadores na sua atividade diuturna de julgar, que não tem força obrigatória e nem se impõem de forma constante, se o caso concreto determinar diferente.¹⁰⁶

A adoção do sistema do livre convencimento motivado¹⁰⁷ representou importante avanço na realização de um processo justo (supra item 1.3), afastando o sistema da prova legal e o da íntima convicção, de modo a

¹⁰⁶ Cândido Rangel Dinamarco observa que esses critérios decorrentes da experiência “são preponderantemente subjetivos e correspondem aos juízos ordinariamente feitos pelos próprios juizes e tribunais. (...) Porque a experiência comum assim aconselha – e não porque assim manda a lei – o juiz dá mais crédito a um documento do que a uma testemunha; mais crédito à parte prestando depoimento pessoal onde reafirma os fatos afirmados pelo adversário (confissão), do que ao adversário quando os afirmou em seu próprio benefício. Esses critérios, amadurecidos milenarmente, são culturais e subjetivos e nem sempre prevalecem, podendo em tese ser tão grande o poder de convicção de uma testemunha, que chegue ao ponto de superar a versão contida em documento trazido aos autos; e podendo até haver elementos que, em dado processo, levem o juiz a formar convencimento em sentido contrário ao da confissão prestada por uma das partes. Já se foi o tempo em que à confissão se atribuía a majestade de rainha das provas. Essa soberana caiu do trono e hoje os conhecimentos científicos do direito já permitem perceber que ela sequer é meio de prova.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 101-102).

¹⁰⁷ A adoção da regra do livre convencimento motivado pode ser extraída de diversos artigos do CPC. O artigo 131 determina que o juiz “apreciará livremente a prova, atento aos fatos e circunstâncias constantes dos autos”. O artigo 386 reforça essa idéia afirmando que o juiz avaliará livremente a idoneidade probatória de documentos alterados, que é o documento que “em ponto substancial e sem ressalva estiver entre linha, emenda, borrão ou cancelamento”. O art. 405, §4º, da mesma forma, possibilita ao juiz que atribua ao depoimento de testemunhas impedias ou suspeitas “o valor que possam merecer”. Já o artigo 436 esclarece a liberdade do juiz na atribuição de valor aos laudos periciais e no confronto entre eles e outros elementos de prova constantes dos autos. Por fim, o artigo 439 explicita a possibilidade de o juiz “apreciar livremente o valor” da primeira e da segunda perícia.

determinar uma demonstração racional do acerto dos fatos no processo (supra item 2.3.1). A racionalidade imposta ao juiz pelo livre convencimento motivado afasta os impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz, porque impõem uma justificação através do intelecto. Com efeito, o juiz tem o dever de expor, na motivação das decisões, o percurso do raciocínio que, à luz dos autos¹⁰⁸, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não ou que, em acontecendo, aconteceu de tal ou qual forma.

O sistema do livre convencimento motivado afastou o sistema da prova legal, segundo o qual o juiz estava adstrito a obedecer a uma série de regras de valoração da prova, previamente estabelecidas pela lei de forma geral e abstrata, que deveriam ser aplicadas em todos os casos. Na concepção mais extremada do sistema da prova legal, o legislador criava verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelo magistrado quando da valoração da prova, o que ficou conhecido como provas tarifadas. Esse sistema engessava a busca da verdade, pois ao juiz não era dado valorar as provas por si só, tendo sempre que aplicar a tarifação estabelecida de forma abstrata pelo legislador, com base em seus próprios juízos valorativos desvinculados do caso concreto. Desse modo, deixava-se de lado as impressões captadas pelo juiz em cada caso, que, por vezes, são os únicos elementos capazes de determinar a verdade das alegações.

¹⁰⁸ Sobre o assunto, observa Francisco Wildo Lacerda Dantas: “Nesse sentido, havia dispositivos do CPC anterior – o de 1939 – que estabelecia estar o juiz obrigado a basear-se, exclusivamente, sobre as provas constantes dos autos (art. 118) e de que lhe era vedado valer-se de seu eventual conhecimento pessoal, privado, dos fatos da causa. Essa vedação continua a existir e se encontra implícita na norma do art. 131 do CPC atual. Esse sistema adquiriu *status* constitucional, recentemente, passando a constar do art. 93, IX, quando se passou a exigir que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as decisões. Esse dispositivo constitucional revela a legitimação da decisão judicial, que não deve ser buscada na eleição dos magistrados, pois ainda que tal prática seja adotada em alguns Estados americanos não se compadece com a nossa tradição.” (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. v. 2. Recife: Nossa Livraria, 2004, p. 106).

Superado que foi o sistema da prova legal pelo do livre convencimento motivado, restaram apenas algumas regras disciplinadoras de situações em que se dá vazão a uns remanescentes traços de prova legal¹⁰⁹ (infra item 7.1)

O sistema da íntima convicção, também denominado de convencimento moral, por sua vez, representava o extremo oposto da prova legal. Nesse sistema, o julgador decidia, fundo em suas impressões pessoais, sem o dever de racionalmente explicar o seu convencimento. Em função dessa ausência do dever de justificar racionalmente seu convencimento, o julgador poderia até utilizar elementos de prova que não constassem nos autos (ciência privada) em seu juízo de convencimento. O sistema da íntima convicção obstava o alcance de uma verdade racional, pois não exigindo do julgador qualquer justificação de suas conclusões quanto à verdade das alegações formuladas, outorgava-lhe poder incontrolável¹¹⁰.

¹⁰⁹ “Quanto a este último ponto, é necessário que bem se compreenda: a existência de tantas regras sobre a escolha dos meios de prova e sobre a sua eficácia em relação à convicção do juiz, explica-se através de uma falta de confiança, nem sempre injustificada, das partes relativamente ao magistrado. Daí a proliferação, particularmente no direito da Idade Média e, em seguida, até o começo do século XIX, das regras de experiência (ou daquelas assim consideradas) que limitam de várias formas a escolha dos meios de prova (p. ex., a prova testemunhal), como também restringiam liberdade de o juiz valorar os resultados. Hoje em dia, entretanto, tendo em vista o fato de que a jurisdição é uma das funções do Estado Moderno, mesmo a falta de confiança em relação ao juiz diminuiu – ou talvez desapareceu – pois que os juízes envergam todas as garantidas de independência e de autonomia, que por si só podem dar segurança às partes no que tange à sua imparcialidade. Todavia, pode dizer-se que, nos modernos Estados de direito, estes objetivos são atingidos por meio da criação de tribunais que, já no plano constitucional, inspiram maior confiança no que respeita à sua imparcialidade e à sua independência no julgamento. Disto decorre que toda a teoria moderna da prova deve ser considerada deste ponto de vista, isto é, de como poder-se-ia concorrer para formar a convicção do juiz do modo mais desprendido possível das regras de julgamento preconstituído, assegurado, porém, às partes a possibilidade controlar sua formação.” (MICHELI, Gian Antonio. TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim, *Revista de Processo*, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 156).

¹¹⁰ A fundamentação das decisões judiciais constitui meio adequado para o controle do Poder Jurisdicional. É por meio da fundamentação das decisões judiciais que se possibilita aferir o acerto da decisão judicial, ao tempo em que se viabiliza sua impugnação por meio dos recursos. Sobre a motivação da sentença, pontua Nelson Nery Junior que ela “pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5º, CF, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado).” (NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na constituição federal. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 174).

No atual regime constitucional, apenas o julgamento pelo tribunal do júri foi preservado como hipótese de convencimento íntimo (art. 5º, XXXVIII). Qualquer outra hipótese de julgamento com base na íntima convicção representaria ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LIV), pois macularia o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), que se consubstancia em um dos mais importantes postulados do Estado de Direito.

Disso pode concluir-se que os efeitos da prova projetam-se tanto para dentro do processo como para fora do processo. As provas desenvolvem uma função interna ao processo, na medida em que são utilizadas como elementos de convencimento do magistrado acerca da verdade dos fatos alegados pelas partes. Ao mesmo tempo, a existência de tais provas, cuja valoração deve estar expressa na sentença, por força do princípio constitucional da motivação (art. 93, X, da CF), funciona como fator legitimador do exercício do poder jurisdicional, transmitindo à sociedade a certeza do acerto da atuação estatal de solução de conflitos¹¹¹, que, conforme já dissemos (supra item 1.3) deve, a princípio, fundar-se nos fatos efetivamente ocorridos no mundo fenomênico.

¹¹¹ “A operação valorativa efetuada pelo órgão judicial não pode deixar de submeter-se ao controle externo, seja dos litigantes, diretamente interessados no desfecho do processo, seja dos tribunais superiores, a que eventualmente caberá reexaminar a matéria decidida, seja da sociedade em geral, sempre afetada, desta ou daquela maneira, pelos decretos da Justiça. Semelhante controle só é praticável, se se obriga o juiz a motivar seu pronunciamento, e se assegura a todos, ao menos em princípio, o acesso ao conhecimento das razões que fundamentaram a conclusão. Assim se cria, além do mais, poderoso estímulo a que o julgador mobilize o melhor de sua atenção e de sua perspicácia nesse momento culminante da atividade cognitiva.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, n. 53, janeiro - março de 1989, p. 129).

4 PRODUÇÃO DE PROVAS “EX OFFICIO”

É bastante difundida na doutrina e na jurisprudência a idéia de que no processo civil cabe à parte a produção das provas. Esse pensamento tem origem na concepção clássica de processo sob o modelo dispositivo. O processo orientado pelo princípio dispositivo clássico é tido como um mecanismo direcionado unicamente para a solução de controvérsias no interesse das partes, pelo que caberia as próprias partes, e somente a elas, a iniciativa em matéria probatória.

Façamos, então, algumas considerações acerca do princípio dispositivo.

4.1 O MODELO CLÁSSICO DE PROCESSO DISPOSITIVO

A premissa que dá esboço ao princípio dispositivo é a idéia liberal de disponibilidade do particular em relação aos seus direitos subjetivos em conflito¹¹². Daí infere-se que como cabe à parte dispor de seus direitos subjetivos, deixando-os até perecer se assim o entender, também caberá à parte, e só a ela, utilizar-se dos mecanismos que o ordenamento jurídico lhe assegura para proteger seus direitos. Dentre esses mecanismos, aquele que mais se coloca em evidência é o acesso à Jurisdição, através do processo, por ser, na grande maioria dos casos, o único juridicamente possível.

Essa linha de pensamento desvenda duas características marcantes para a estrutura do processo civil. Às partes é outorgada ampla liberdade de

¹¹² “Até certo tempo atrás, via o direito processual mergulhado numa atmosfera cultural marcada de individualismo. Assim, como no plano econômico, se queria o Estado o mais possível alheio às disputas entre os particulares (‘laissez faire, laissez passer’), analogamente, na órbita judiciária também se queria o juiz inerte no seu pedestal, espectador frio e distante do duelo entre as partes e privado de qualquer possibilidade de tomar suas próprias iniciativas no sentido da averiguação da verdade. Essa mentalidade vem evoluindo e vem-se modificando acentuadamente nos últimos tempos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, abril - junho de 1984, p. 179).

serem mais atuantes, ou menos, em relação à instrução da causa, cabendo-lhes suportar as conseqüências de suas omissões. Ao juiz, por sua vez, é determinada uma postura estática e receptiva, sem outra missão no processo senão a de dirigi-lo e chamá-lo à ordem quando necessário.

Essas duas características (dinâmica da parte e estática do juiz), apresentadas pelo modelo clássico de processo dispositivo¹¹³, foram ao longo dos anos matizadas por traços de inquisitorialidade, de modo que hoje não encontramos modelos puros de processo dispositivo, na medida em que foi sendo reconhecido o caráter público do processo¹¹⁴.

4.2 INICIATIVA JUDICIAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Analisaremos, neste tópico, a superação da concepção privatística do processo, que fez nascer a iniciativa judicial em matéria probatória, para, em seguida, fixarmos os seus limites, de acordo com a legislação vigente.

4.2.1 SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO PRIVATISTA DO PROCESSO

A concepção de processo dispositivo, que relega ao juiz uma postura estática no processo, impedindo-o de determinar a produção de provas de

¹¹³ A expressão princípio dispositivo é comumente utilizada para representar uma dupla perspectiva processual. A primeira delas refere-se a impossibilidade de o juiz dar início ao processo de ofício. Nessa acepção, mais adequado seria usar a expressão princípio da demanda. A segunda perspectiva, e que interessa diretamente ao presente estudo, refere-se à iniciativa probatória do juiz.

¹¹⁴ Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do CPC de 1973, já dizia: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse das partes, mas um interesse público de toda a sociedade”

ofício, tende a ser superada, à medida que se ultrapassa, gradualmente, a lógica do raciocínio privatista que lhe dá fundamento. De fato, o princípio dispositivo foi consagrado numa época em que prevalecia um individualismo liberal, em que se admitia a igualdade como sendo aquela puramente formal¹¹⁵.

Acontece que as concepções sociais de igualdade e de justiça evoluíram no decorrer do tempo, não havendo mais, como lembra Cândido Rangel Dinamarco, “clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução. Aquela idéia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público”.¹¹⁶

Com a publicização do processo, não mais se pode aceitar concepções que releguem exclusivamente às partes a atuação probatória. O processo, como atualmente concebido, deixou de ser exclusivamente um instrumento a serviço da parte, como um mecanismo de fazer prevalecer a sua razão, no seu único e exclusivo interesse, para servir, igualmente à sociedade, como um importante instrumento de manutenção da paz social.

O processo dos dias de hoje busca realizar a justiça, de modo democrático. Isto é, com a participação efetiva dos envolvidos – contraditório (art. 5, LV, CF/88) – e com demonstração social do acerto das decisões – motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88). Tudo isso a contribuir

¹¹⁵ Sobre o assunto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa: “No tocante ao princípio da colaboração ou da cooperação, não se pode deixar de perceber que a extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. Verifica-se com clareza essa consequência, ao se examinar, por exemplo, a concepção ínsita ao processo liberal. Esta ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, não só atribuída às partes amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava a exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, assim como a própria instrução probatória, restringindo por via de consequência de maneira significativa os poderes do órgão judicial. Como em outros campos da vida em sociedade, acreditava-se no livre jogo das forças sociais, conquistando corpo a idéia de que o próprio interesse da parte litigante no direito alegado constituiria eficaz catalisador para a mais rápida investigação da situação jurídica.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. *Revista Prática Jurídica*, Ano III, n. 25, Abril de 2004, p. 37).

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 52.

para a manutenção da paz social, com a transmissão de padrões de segurança jurídica, de eficiência das instituições e de imperatividade do direito.

Assim, podemos dizer que o processo serve as partes, assim como serve à sociedade, pois realiza a justiça, que é em essência um valor social.

Nesse contexto, o processo atua de modo que, na hipótese de desrespeito do direito, seja garantido à parte o resultado prático equivalente¹¹⁷ ao que se teria obtido caso a norma jurídica houvesse sido observada voluntariamente – efetividade do processo (art. 5º, XXXV, CF/88).

Não se pode perder de vista, pois, que as desigualdades econômicas e culturais, hoje perfeitamente identificáveis, são capazes de ensejar resultados distorcidos na tutela jurisdicional, simplesmente em virtude da insuficiência probatória decorrente da desídia daquele que não se defendeu de modo mais adequado porque não o pode. Neste contexto, coloca-se a questão de como garantir a pretendida paridade de armas, decorrente do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88) e identificada pela doutrina como elemento inerente ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88)¹¹⁸.

A intervenção judicial de iniciativa probatória adquire ainda maior relevância quando nos colocamos diante de um processo em que as partes pretendem se valer do Poder Judiciário para cancelar uma fraude à lei ou embuste a terceiros, com o fim de obter resultados ilegais (art. 17, III, CPC).

¹¹⁷ A idéia de resultado prático equivalente decorre do princípio da efetividade do processo. Conforme já se afirmou no presente trabalho (item 1.7), se a Constituição assegura o acesso ao Judiciário (art. 5º., XXXV), é porque está assegurando, igualmente, que o Judiciário dê uma resposta às pretensões que lhe são submetidas, resposta esta que deve ser eficaz o suficiente para garantir, na fórmula de chiovenda, “tudo aquilo e exatamente aquilo a que se tem direito”, ou seja, um resultado equivalente àquele que se obteria caso o direito houvesse sido respeitado, com o cumprimento voluntário da norma.

¹¹⁸ Ver, por todos: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999.

Também não podemos perder de vista que a jurisdição é uma função pública por excelência¹¹⁹, estabelecida no interesse não só da parte, mas de toda a sociedade.

Assim, não se pode desmerecer a atividade jurisdicional, exigindo do juiz uma postura estática e de conformismo frente às injustiças. De fato, não se pode pretender que o juiz lamente a injustiça, mas permita que ela prevaleça, como um dia já determinou a legislação brasileira, na Consolidação Ribas¹²⁰.

Barbosa Moreira refuta de modo incisivo os fundamentos da concepção privatista de processo que dariam suporte a adoção irrestrita do princípio dispositivo:

Diz-se: se a parte pode dispor do seu direito, a tal ponto que lhe é livre a decisão de iniciar ou não iniciar um processo para postulá-lo, então, também é natural que se deixe ao cuidado da parte trazer para os autos as provas dos fatos que porventura lhe aproveitem, que sirvam de fundamento ao seu alegado

¹¹⁹ “DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.

I - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

III - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

IV - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.” (RESP 222445 - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 29.04.2002 p. 246)

¹²⁰ Após a independência, o Governo Imperial incumbiu o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas de elaborar uma consolidação das normas acerca do processo civil, onde ficou estabelecido que: “Achando o juiz que a causa está em termos de ser decidida, examinará atentamente todo o processo, e dará a sua sentença definitiva, segundo o que achar alegado e provado de uma e da outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba que a verdade é o contrário do que no feito foi provado.”

direito. Se ela não o faz, é porque está dispondo do seu direito, o que lhe é lícito fazer. O raciocínio, além de assentar-se no que já mostrei ser uma premissa em grande parte falsa, porque no Processo Civil, repito, não se cuida somente de relações jurídicas disponíveis, é também sofisticado: da circunstância de alguém poder dispor da relação jurídica de direito material controvertida, não se infere necessariamente que possa dispor da relação jurídica processual, que é distinta e que vive sob o signo publicístico, e não sob o signo privatístico.¹²¹

Por fim, cumpre observar que o argumento, por vezes utilizado, de que a iniciativa probatória do juiz quebraria a sua necessária imparcialidade, não é sustentável. Até porque o juiz, ao determinar a realização de provas, não tem como prever com certeza o resultado que delas advirá e qual parte será beneficiada por meio da prova produzida por sua iniciativa. O verdadeiro mecanismo para evitar a parcialidade do juiz é tornar efetivas as garantias constitucionais do contraditório e da motivação das decisões judiciais.¹²²

4.2.2 A INICIATIVA PROBATÓRIA PELO JUIZ NO CPC

O CPC prevê diversas hipóteses de em que é dado ao juiz tomar a iniciativa probatória¹²³. Alguns dos dispositivos sobre o assunto estabelecem essa possibilidade de forma genérica, ao passo em que outros dispõem de modo específico para certos meios probatórios.

¹²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, abril - junho de 1984, p. 179-180.

¹²² “A experiência mostra que a *imparcialidade* não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juizes, de modo absoluto, as portas para um sadio *ativismo*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 54).

¹²³ Para a evolução histórica da iniciativa probatória do juiz nas sucessivas legislações brasileiras, desde o tempo do Brasil colônia, ver: ARAGÃO, E. D. Moniz. Direito à prova. *Revista de Processo*, n. 39, julho - setembro de 1985, p. 98 -118.

Sobre o assunto, esclarecedor o julgado do STJ, da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo:

Processo civil, venda de "pacote de viagem". Inadimplemento contratual da empresa turística. Atraso no envio do dinheiro necessário ao custeio de uma das excursões programadas. Pagamento realizado por um dos excursionistas. Ação via da qual se pretende o reembolso. Legitimidade ativa *ad causam*. **Conversão do julgamento em diligência para oitiva de testemunhas arroladas pelo autor e de cuja oitiva ele prescindira. Presença de circunstâncias justificadoras da atitude do juiz. Ausência de ofensa ao princípio dispositivo ou igualitário** (arts. 125, I, e 130, CPC). Precedentes (REsp 12.223-O-BA). Recurso inacolhido.

(...)

III - O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicação do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descuidado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse. (REsp 17591 - DJ 27.06.1994, p. 16982)

Assim, verificamos no CPC, logo no artigo 125, I, a imposição ao juiz do dever de assegurar a igualdade entre as partes no processo. Em seguida, no artigo 130, temos a autorização para que o juiz, de forma ampla determine, *ex officio*, a produção de provas necessárias à instrução da causa. No artigo 342, encontramos autorização para que o juiz convoque as partes para interrogatório sobre os fatos da causa, o que pode ser feito a qualquer momento e sem que tenha havido requerimento para tanto. No artigo 418, I, por sua vez, está expressa a possibilidade de o juiz determinar a oitiva de testemunhas referidas¹²⁴ e, no inciso II do mesmo artigo, a possibilidade de

¹²⁴ Testemunhas referidas são pessoas que os elementos de prova já realizados indiquem serem conhecedoras dos fatos, daí a palavra "referidas", a existência de tais pessoas está referida, i.e., mencionada em outros elementos de prova apresentados em juízo.

determinar acareações entre testemunhas ou entre estas e as partes. No artigo 437 está a permissão ao juiz de determinar a realização de nova perícia quando a primeira houver sido, a seu juízo, insatisfatória. E, no artigo 440 encontramos autorização para a realização de inspeções judiciais *ex officio*.

Ainda no CPC, mas fora do sistema de jurisdição contenciosa, o artigo 1.107, ao tratar da jurisdição voluntária, estabelece literalmente que “ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”.

Na legislação extravagante, também encontramos referência à iniciativa probatória do juiz, como ocorre nos artigos 5º e 35 da Lei 9.099/95, segundo os quais, respectivamente, o juiz tem “liberdade para determinar as provas a serem produzidas” e poderá “de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança”.

A leitura desses dispositivos não deixa dúvida de que o sistema processual, mesmo nos processos de jurisdição contenciosa, autoriza a realização de provas por iniciativa do juiz. Essa iniciativa probatória do magistrado, contudo, não pode ser utilizada de modo abusivo, pelo que se põe a questão de identificar o ponto de equilíbrio entre o princípio dispositivo, mantido com regra geral no CPC, e as incisões pontuais de inquisitorialidade autorizadas pelo mesmo CPC ao magistrado. Tudo à luz do modelo constitucional de processo, que determina a proteção de valores como o da efetividade do processo, que indica a busca de decisões rápidas e fundadas na verdade, o do contraditório, que estabelece a ativa participação das partes na formação do convencimento do magistrado, e o do juiz natural, que exige a imparcialidade do julgador.

A determinação desse ponto de equilíbrio parece ser a tarefa mais difícil a ser enfrentada quanto ao assunto. As incursões probatórias do juiz não podem chegar ao extremo de significar pura e simplesmente ajudas às partes,

transmutando a figura do juiz em defensor de tal ou qual parte.¹²⁵ Tal atitude, por certo, implicaria grave perda de serenidade do juiz, afetando-lhe a imparcialidade exigida pelo princípio do juiz natural, como também ensejaria perda de tempo a ocasionar a demora da prestação jurisdicional em relação a toda a massa de jurisdicionados.

4.2.3 O PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

A equalização entre a iniciativa probatória do juiz e a sistemática dispositiva do processo não pode ser fixada abstratamente de forma absoluta, mas meramente indicativa.

¹²⁵ “Recurso Especial. Processual Civil. Prova. Produção. Iniciativa. Princípio dispositivo. Igualdade das partes. Ordem de oitiva das testemunhas.

Admite-se no processo moderno a iniciativa probatória do juiz, pois a efetividade do processo e a absorção do conflito no plano social depende de uma decisão cunhada a partir do princípio da verdade real dos fatos. Tal poder, entretanto, deve ser exercido, sem que o julgador desmereça dos demais princípios que norteiam o processo civil.

A dispensa da prova oral pelo juiz, como consequência sancionatória à ausência do advogado do autor à audiência de instrução e julgamento do rito sumário, o impede de, mais tarde, determinar a inquirição das mesmas testemunhas. Violação aos princípios da imparcialidade do julgamento, do ônus da prova, da ordem de oitiva de testemunhas e do tratamento igualitário que deve conferir às partes.

Recurso especial provido” (REsp 151924 - Ministra Nancy Andrichi - DJ 08.10.2001 p. 210)

“Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão pro judicato. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação.

- Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, **devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.**” (REsp 345436 - Ministra Nancy Andrichi - DJ 13.05.2002, p. 208).

É que tais atividades podem ser reconduzidas a um fundamento de validade constante do modelo constitucional de processo, na medida em que estão fortemente influenciadas, ou até determinadas, pelos valores indicados na Constituição como linhas mestras do processo.

A iniciativa probatória do juiz, antes de ser uma mera opção do legislador infraconstitucional, garante os meios necessários à realização do valor constitucional da efetividade do processo¹²⁶, especialmente nos casos em que as partes, por deficiências que não decorrem de sua desídia, não logram fornecer ao juiz material probatório suficiente para a formação do seu convencimento, bem como nas hipóteses em que existe interesse público subjacente à causa e, ainda, naquelas em que as partes pretendam subverter a própria finalidade do processo (supra item. 1.5), para por meio dele atingir objetivos ilícitos.

Contudo, o juiz não pode estar completamente livre em sua iniciativa probatória a ponto de reverter a sistemática processual vigente, transmudando-se de terceiro imparcial em defensor ativo de uma das partes no litígio, o que terminaria por ofender os mandamentos de otimização do juiz natural e do contraditório.

O debate acerca dos limites da iniciativa probatória do juiz revela-se, pois, uma discussão acerca da compatibilização de diversos valores que compõem o modelo constitucional de processo.

Cândido Rangel Dinamarco, mesmo sem abordar o problema explicitamente sobre o ângulo constitucional, defende a possibilidade da

¹²⁶ “O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, “caber ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias”. Dessume-se, do dispositivo citado, que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do statu quo ante à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória.” (in Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, Forense, 2001)” (REsp 506.719 – Rel. Min. Luiz Fux - DJ 09.12.2003, p. 224).

iniciativa probatória pelo juiz nos seguintes casos, que parecem compatibilizar as considerações feitas acerca do modelo constitucional de processo¹²⁷:

- a) nas causas associadas ao estado ou à capacidade das pessoas, como é o caso das ações de separação judicial, de divórcio, de investigação de paternidade, de suspensão ou destituição do poder familiar etc;
- b) nas ações coletivas e nas ações populares, em que estão em jogo interesses de número relevante de pessoa, mas que nem sempre são patrocinadas adequadamente;
- c) nas causas de qualquer espécie, quando se aperceber que a omissão é fruto de pobreza, de deficiência cultural das partes ou da insuficiência do patrocínio que lhes está ao alcance¹²⁸;
- d) nas causas em que, de um modo geral, os elementos de prova já produzidos pelas partes evidenciem ou insinuem, de modo idôneo, a existência de outros inexplorados pelas partes e relevantes para o bom julgamento da causa¹²⁹.

Esses balizadores da iniciativa probatória do juiz já encontram eco na jurisprudência pátria, conforme se verifica do julgado do TJPR:

Processo civil - prova pericial - determinada realização por despacho do juiz - aplicação do artigo 130 do Código de Processo Civil - ação civil publica - alegação de improbidade administrativa - cabimento.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 55.

¹²⁸ É lugar comum a precariedade da assistência judicial gratuita posta à disposição dos cidadãos menos favorecidos pelo Estado. O número de defensores públicos é manifestamente insuficiente e a estrutura material de trabalho está muito aquém do adequado e, quando muito, pode ser considerada dentro do minimamente necessário para o desenvolvimento das atividades afetas à Defensoria Pública. Mesmo a autonomia financeira que lhe foi outorgada pela EC 45/2004 (art. 134, §2º, CF/88) não parece ser suficiente para mudar esse quadro em curto prazo.

¹²⁹ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

“EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DECLARATÓRIA - RESTITUIÇÃO DE PARCELAS CONSÓRCIO JULGAMENTO ANTECIPADO CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO EMBARGOS REJEITADOS.

Se a parte requer a produção de prova consistente na requisição de documentos, a sentença proferida em julgamento antecipado sem sequer apreciar este pedido implica em cerceamento de defesa.

Ademais, **o juiz tem a iniciativa probatória na busca da verdade real, mormente quando considera os documentos apresentados pela parte apenas indício de prova.**” (Embargos Infringentes nº 136.044-7/01 – Rel. Juiz Rogério Coelho - DJ 05/04/2004).

Tem o julgador a iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível ou quando julgar, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. recurso conhecido e não provido. (Processo n. 161424400 - Relator Sérgio Rodrigues - DJ 01/04/2005)

No caminho do equilíbrio, existem também situações que desaconselham a iniciativa probatória do juiz, por violarem a sistemática dispositiva do processo. Isso acontece, por exemplo, quando as alegações das partes estejam dispensadas de prova pela lei, o que acontece nos casos do artigo 334 do CPC¹³⁰ em relação aos seguintes fatos: (i) notórios, (ii) afirmados por uma parte e confessados pela outra, (iii) admitidos, no processo, como incontroversos e (iv) em cujo favor milita presunção legal.

A princípio, a produção de provas por iniciativa do juiz nessas hipóteses do artigo 334 significaria quebra da sistemática processual estabelecida pelo legislador. Ressalva deve ser feita, contudo, quando o juiz verificar indícios de simulação, hipótese em que deverá determinar a produção de provas, para viabilizar o adequado exercício da função jurisdicional¹³¹.

Da mesma forma, estão excluídos da iniciativa probatória do juiz os casos em que forem aplicados os efeitos da revelia, pois incide presunção de veracidade das alegações do autor acerca dos fatos da causa (art. 319 do CPC). Contudo, nas situações em que se operar a revelia mas os fatos objeto

¹³⁰ “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

¹³¹ A publicização do processo não permite que o juiz aceite como verdadeiros fatos que sejam impossíveis ou improváveis, mesmo que as partes não tornem o ponto controvertido. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco observa que “O camelo passando pelo fundo de uma agulha, de notória referência bíblica é um fato materialmente impossível aos seres deste mundo. O deslocamento de coisas sólidas, líquidas ou gasosas pelo simples poder da mente e sem qualquer impulsão física é fato que a parapsicologia afirma ser possível mas tal é sua excepcionalidade que quando alegado, depende de prova. Fatos assim precisam de prova ainda quando não negados ou mesmo que hajam sido reafirmados expressamente pela parte contrária (confissão). Insiste-se: o processo não é um negócio em família mas instrumento de exercício de um serviço público e o poder de disposição das partes não o pode chegar ao ponto de impor absurdos à inteligência do juiz.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. V. III.* São Paulo, Malheiros, 2001, p. 63).

das alegações do autor forem impossíveis ou mesmo inverossímeis, o juiz deverá determinar a produção de provas, com a finalidade de evitar que a jurisdição seja utilizada como forma de chancela de negócio jurídico simulado. Ainda na hipótese de revelia, a qual retornaremos mais a frente, a iniciativa probatória do juiz também não estará afastada nos casos em que não há segurança acerca da efetividade do ato citatório, como é o caso da citação edital.

Certo também que a iniciativa probatória do juiz é apenas supletiva, não devendo, em regra, o juiz 'tomar a frente' na designação de provas, para que não restem confundidas as figuras do juiz e do defensor das partes. A princípio, é na omissão das partes que se põem em relevo a atuação instrutória do julgador, que não é sequer sujeita à preclusão¹³².

Das considerações feitas, podemos concluir que o ponto de equilíbrio entre a iniciativa probatória do juiz e a sistemática dispositiva do processo, apesar de encontrar os pontos referenciais indicados acima, pode e deve ser ajustado aos casos específicos, levando-se em conta eventuais peculiaridades da causa que ponham em evidência a manutenção dos valores constitucionalmente consagrados no ordenamento jurídico brasileiro¹³³.

¹³² “- A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.” (REsp 345436 - Ministra Nancy Andrighi - DJ 13.05.2002, p. 208).

¹³³ Nesse sentido, por exemplo, o STJ tem, excepcionalmente, aceito a produção de nova prova pericial, por iniciativa do juiz, durante a fase de execução de sentença de desapropriação já acobertada pela garantia da coisa julgada, entendendo que tal providência é razoável para resguardar o valor constitucional da justa indenização, o direito de propriedade e a preservação do patrimônio público: REsp 641.294, REsp 506.719 e REsp 499.317.

4.3 A BUSCA DA VERDADE E A DILAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A busca da verdade, apesar de ser uma exigência do modelo constitucional de processo, não é, assim como todo e qualquer princípio, algo absoluto.

Conforme já dissemos, por ocasião de nossas considerações acerca do modelo constitucional de processo, no capítulo um, os valores constitucionais que o compõem são princípios estabelecidos como mandamentos de otimização, cujos alcances, apesar da força normativa que lhes é inerente, estão balizados pelo que for fática e juridicamente possível.

Assim, a busca da verdade é balizada pelo contexto jurídico, em função dos princípios contrapostos, e pelo contexto fático da causa, tendo em vista a riqueza e a eficácia do material probatório posto à disposição do magistrado.

Além dos limites indicados no tópico anterior, determinados pelos demais princípios constitucionais do processo, também temos que reconhecer a existência de limites decorrentes do sopesamento entre dois aspectos do próprio princípio da efetividade do processo. Trata-se de verdadeira colisão entre um aspecto positivo de um direito fundamental e seu próprio caráter negativo. Um deles, o de atingir uma decisão judicial fundada na verdade. O outro, o de obter uma decisão judicial em tempo hábil, a partir de um processo sem dilações indevidas.

Trata-se, pois, de identificar a partir de que limite a atividade instrutória do juiz, e até das próprias partes, pode ser considerada indevida. Afinal, a busca da verdade no processo não pode ser tida como um fim em si mesma, sob pena de gerar comportamentos obsessivos, que terminariam por ser nocivos ao sistema processual¹³⁴.

¹³⁴ “A verdade não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça. Por conseguinte a verdade não deve ser perseguida a todo custo, sob pena de deixar de ser uma aspiração ética do ordenamento processual, passando a ser um dogma que entravaria a

A primeira premissa a ser fixada para a solução da questão é a de que a atividade probatória do juiz, conforme já dissemos, é supletiva à das partes. Assim, não deve o juiz tomar a postura ativa em uma *incansável* busca pela verdade dentro do processo, mormente quando às partes, por desídia própria, cuja causa possa lhe ser imputada, em questões que não envolvam matérias de interesse público, não adota postura ativa na implementação das provas que sejam de seu interesse. Admitir o contrário seria confundir a figura do juiz com a de defensor da parte, o que não pode ser aceito por força do princípio do juiz natural.

Mesmo nesses casos, contudo, poderá o juiz adotar providências de esclarecimento para a formação de seu convencimento, pois não pode ser obrigado a conformar-se com a injustiça. Contudo, não lhe será dado desencadear uma exaustiva busca pela verdade. Por ocasião da sentença, então, o magistrado deverá formar seu convencimento com as provas produzidas, identificando a probabilidade prevalente (item 2.5), e, se for o caso, aplicando as regras de ônus da prova.

Assim, a problemática da dilação razoável do processo em face da busca da verdade termina jungida às hipóteses em que as partes solicitam a produção de provas desnecessárias para o convencimento do juiz.

Sempre que as partes formulem requerimentos de provas consideradas desnecessárias pelo juiz, os mesmos devem ser indeferidos, para que o processo não se protraia por período estéril. Desse modo, se o juiz verificar que as provas requeridas pela parte não são aptas a modificar o juízo acerca da probabilidade prevalente das alegações, as mesmas devem ser

indeferidas¹³⁵. Igual procedimento deve ser adotado quando as provas requeridas não se reportem aos pontos controvertidos fixados por ocasião do saneamento do processo (art. 331, §2º, CPC).

¹³⁵ “Embargos de terceiro. Necessidade de audiência. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa.

I - Demonstrado nos autos que a prova nele contida já era suficiente para proferir a decisão, a falta de audiência de instrução e julgamento não implica em cerceamento de defesa.

II - o recurso especial não se presta para o reexame da prova (sumula 279).

III - inúmeros dispositivos legais não prequestionados (sumula n. 282). dissídio jurisprudencial que não atende aos requisitos da sumula 291 c/c o art. 255, parágrafo único, do RI/S.T.J.

IV - recurso especial não conhecido.” (REsp 674 – Min. Fontes de Alencar – DJ 19.03.1990, p. 1948).

5 ÔNUS DA PROVA

Neste capítulo analisaremos o ônus da prova, sob a ótica do modelo constitucional de processo, investigando a sua compatibilidade vertical com a Constituição.

5.1 ÔNUS DA PROVA: NOÇÃO GERAL

A norma que disciplina um ônus estabelece uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de interesse do próprio onerado. Assim, podemos dizer que a palavra ônus representa situação jurídica que se diferencia da obrigação. Eis que, enquanto a norma acerca de um ônus disciplina situação de interesse do próprio onerado, a norma acerca de uma obrigação rege situação cujo interesse a ser preservado pertence ao a outra pessoa, i.e., ao titular do direito subjetivo correspondente. Daí porque, ônus e obrigação são situações jurídicas distintas e ocasionam diferentes conseqüências.

A respeito, explica Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela o interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica passiva, enquanto o ônus é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta a liberdade de agir do sujeito onerado.¹³⁶

¹³⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 37.

O fenômeno do ônus da prova, que se projeta, a primeira vista, sobre as partes, atribuindo-lhe a faculdade de provar os fatos alegados, de acordo com as regras de distribuição de ônus da prova, também gera repercussões na atividade do magistrado, no que se convencionou chamar de ônus objetivo da prova. Nesse sentido, explica Eduardo Cambi:

O ônus da prova tem uma dupla função: i) servir de *regra de conduta* para as partes, pré-determinando quais são os fatos que devem ser provados por cada uma delas e, assim, estimulando suas atividades; ii) servir de *regra de julgamento*, distribuindo, entre as partes, as conseqüências jurídicas e os riscos decorrentes da suficiência ou da ausência da produção da prova, bem como permitindo que, em caso de dúvida quanto à existência do fato, o juiz possa decidir, já que não se admite que o processo se encerre com uma decisão *non liquet*. A partir dessa compreensão, pode-se falar, no primeiro caso, em ônus da prova em sentido subjetivo, e, no segundo, em ônus da prova em sentido objetivo.¹³⁷

5.2 ÔNUS OBJETIVO DA PROVA

O ônus objetivo da prova não se caracteriza propriamente como um ônus se visto isoladamente, na medida em que regula uma atividade desenvolvida pelo magistrado, que, enquanto ator processual, não possui interesses próprios. Ocorre que, o fenômeno é conseqüência do ônus da prova subjetivo, ou seja, do ônus da prova atribuído às partes, pelo que findou por absolver a expressão ônus. Assim, os ônus objetivo e subjetivo se completam para viabilizar a compreensão e aplicação do instituto, constituindo as faces opostas da mesma moeda.

Enquanto o ônus subjetivo da prova projeta-se nas partes, gerando a necessidade de apresentarem as provas dos fatos relevantes em seu favor, o ônus objetivo identifica-se com a regra utilizada pelo magistrado para atribuir a uma das partes as conseqüências negativas da ausência de provas, para que

¹³⁷ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 40.

ele possa, assim, se pronunciar sobre o mérito, mesmo que o resultado da instrução não tenha sido suficiente para a formação de seu convencimento quanto às alegações das partes¹³⁸. Assim, o ônus da prova objetivo é o outro “lado da moeda” do ônus subjetivo, indicando objetivamente as conseqüências da fase instrutória frustrada, no que toca às incertezas judiciais sobre fatos relevantes para o deslinde da causa.

A regra de ônus objetivo da prova desenvolve importante atividade na sistemática processual. É que uma vez preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, o autor de determinado processo tem direito a ver a sua pretensão analisada pelo Poder Judiciário, sob pena de restar configurada verdadeira ofensa ao direito constitucional de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88).

Assim, não poderá o juiz, ao fim da fase instrutória, negar-se a proferir sentença de mérito sob a alegação de que no processo não existem elementos suficientes para a formação de sua convicção. Está, pois, proibido de pronunciar *non liquet*¹³⁹. Portanto, mesmo que não se convença das alegações das partes, haverá de por fim à lide, isto é, ao conflito de interesses, enquanto objeto do processo.

Assim, na análise jurisdicional de um problema, a diferença que se põem em relação a qualquer outro tipo de análise é que a conclusão, consubstanciada na sentença, isto é, na decisão da causa, é necessária, obrigatória. Não é vedado ao médico, por exemplo, depois de fazer um longo discurso sobre a situação clínica de um paciente, concluir a consulta com um reconhecimento sincero de que um diagnóstico seguro não é possível. Isso,

¹³⁸ Sobre o assunto, observa Luiz Eduardo Boaventura Pacífico: “Ao lado dessa perspectiva subjetiva, atrelada à atividade probatória das partes, a doutrina passou a enxergar outro perfil do ônus da prova, visceralmente ligado à própria atividade jurisdicional, a partir do último quartel do século passado. Diante da necessidade de o juiz proferir uma decisão – mesmo sem haver atingido convicção sobre os fatos relevantes durante a instrução – a inafastabilidade do julgamento projeta um risco (*objetivo*) de sucumbimento sobre os litigantes. É o risco da prova frustrada.” (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 132/133).

¹³⁹ No direito romano, quando o juiz não conseguia formar sua convicção seguramente acerca dos fatos que envolviam a causa, podia pronunciar o *non liquet*, pelo que afirmava que o processo não estava claro, ensejando que ele fosse novamente iniciado, perante outro juiz.

contudo, não é autorizado ao juiz, que, por exigência do modelo constitucional de processo, tem o dever de se pronunciar, de forma definitiva (coisa julgada), sobre a situação posta à sua análise.

Assim, o ordenamento, na busca de *racionalizar a dúvida e evitar o arbítrio*, estabelece normas de ônus da prova objetivo.

Não fosse assim, o magistrado, a pretexto de afastar as dúvidas acerca de sua convicção poderia eternizar um conflito, frustrando o direito constitucional de obter uma decisão justa em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Portanto, a regra de ônus da prova desenvolve importante papel no balanceamento da incidência prática dos valores constitucionais do processo.

O ônus objetivo da prova funcionará, assim, como uma regra de julgamento, que deverá ser utilizada pelo juiz sempre que ao final da fase instrutória, verificar que a prova produzida pelas partes foi frustrada, no sentido de não ter conseguido produzir-lhe a um juízo positivo ou negativo de correspondência entre as alegações e os eventos ocorridos no mundo empírico, isto é, quando a prova não tenha sido apta a convencer-lhe da verdade ou falsidade das alegações das partes.

Em sendo o ônus objetivo da prova uma regra de julgamento, não cabe ao juiz, durante a instrução probatória, ponderar sobre a distribuição dos ônus da prova. Somente ao final, se verificar que determinada alegação não foi provada, de modo a poder proferir sua sentença de mérito, haverá de imputar a uma das partes as conseqüências desfavoráveis da ausência da prova daquela alegação. Nesse momento, deverá o magistrado voltar seus olhos para o ônus subjetivo da prova, identificando as regras de sua distribuição, de modo a individuar qual das partes deixou de se desincumbir do ônus que lhe era

atribuído¹⁴⁰, isto é, identificando a parte a quem o ordenamento jurídico atribui o risco sobre a incerteza decorrente da prova frustrada.

Essa característica do ônus objetivo da prova como regra de julgamento se dá em virtude do princípio da aquisição, também chamado de princípio da comunhão das provas, segundo o qual, as provas produzidas no processo não pertencem à parte que as produziram, mas sim ao próprio processo. Com efeito, uma vez encartada aos autos determinado meio de prova, ele pode ser utilizado para a formação do convencimento do magistrado tanto em favor quanto contra a parte que o produziu, e, ainda, em relação a uma alegação à qual, inicialmente, aquele meio de prova não se destinava.

Assim, somente ao final, quando o juiz verificar a ausência de prova da alegação e que deverá recorrer à regra do ônus da prova. O ônus da prova tem, pois, um aspecto objetivo de determinar, de modo preciso, quem irá arcar com as conseqüências da situação de prova frustrada em que se encontra certo processo.

5.3 ÔNUS SUBJETIVO DA PROVA

Trabalhando em simbiose com a perspectiva objetiva do ônus da prova, temos o ônus subjetivo da prova, cuja concepção inicial foi a força motriz a ensejar o desenvolvimento da idéia de ônus objetivo da prova.

Barbosa Moreira observa que:

O maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um

¹⁴⁰ Nesse sentido, pondera Barbosa Moreira que “O juiz não tem que se preocupar com as regras legais de distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Ai então verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as conseqüências desfavoráveis da falta de prova do fato; eis ai para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, abril - junho de 1984, p. 181).

efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato deveras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta em larga extensão com a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pensar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, a propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*)¹⁴¹

O ônus subjetivo da prova orienta a atividade processual das partes, mostrando-lhes os pontos em que devem ser diligentes, com o fim de evitar prejuízos. Assim, enquanto o ônus objetivo da prova funciona como uma regra de julgamento, destinada ao juiz e cuja aplicação se dá quando da prolação da sentença de mérito, o ônus subjetivo funciona como regra de instrução, tendo importante repercussão no comportamento das partes durante a citada fase processual.

Durante a fase de instrução, funcionará o ônus subjetivo da prova para que as partes possam se autodeterminar o comportamento que deverão adotar frente à colheita de provas na instrução. Assim, o ônus da prova, em seu aspecto subjetivo, funciona como importante instrumento de efetivação do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), trazendo às partes o conhecimento prévio de como devem comportar-se em relação à fase instrutória do processo¹⁴².

5.4 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

¹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual, segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74.

¹⁴² “O ônus da prova regulariza a atividade probatória, fazendo com que prevaleça a celeridade processual. Inexistisse o ônus da prova e cada parte ver-se-ia na contingência de provar *todos* os fatos trazidos a Juízo, para que o juiz deles todos tivesse conhecimento. Se assim fosse, o procedimento – já tão criticado – se tornaria um infundável produzir prova” (ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de Processo*, n. 71, julho – setembro de 1993, p. 52).

O Código de Processo Civil estabeleceu, em seu artigo 333, regra geral de distribuição de ônus da prova. Cabe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito (inc. I), ao passo que cabe ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A distribuição do ônus da prova no processo civil têm por base a natureza dos fatos e a posição das partes em juízo. O problema resta, então, em definir o que seja fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direitos. É que o Código, apesar de utilizar-se dessas categorias jurídicas para determinar a distribuição dos ônus probatórios, não indicou qualquer critério para determinar se um fato está incluso nesta ou naquela categoria.

Nessa linha de pensamento, a análise do ônus da prova termina remetendo as partes à análise do direito material, pois é somente com os olhos no direito material discutido em litígio que se poderá determinar, em cada situação, quais os possíveis fatos constitutivos e quais os possíveis fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

O Código exige que o autor, por ocasião da petição inicial, indique os fatos constitutivos de seu direito, que serão aqueles a dar espeque ao pedido (art. 282, III, CPC). Assim, fatos constitutivos serão aqueles que, segundo o direito material, são capazes de ensejar a procedência do pedido do autor. Regra geral, portanto, caberá ao autor provar tais fatos. Exceção feita, contudo, nas hipóteses em que a lei expressamente dispensa certos fatos de prova, ocasião em que se opera uma presunção *iuris tantum* de veracidade (art. 334, CPC).

O réu, por sua vez, somente terá ônus de produzir provas quando realizar defesa indireta. A doutrina¹⁴³ divide as defesas do réu em direta, quando este apenas nega o fato constitutivo do direito do autor, e indireta, quando independentemente da negativa dos fatos constitutivos, o réu contrapõe outros fatos capazes de tornar improcedente o pedido do autor, pois alteram ou eliminam, no plano do direito material, as conseqüências jurídicas

¹⁴³ Ver, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 38.

dos fatos alegados pelo autor. Nas hipóteses em que o réu realiza defesa direta, não terá ônus de prova, uma vez que este incumbe ao autor. Poderá, contudo, produzir provas para evidenciar a inexistência do fato constitutivo, chamada de contraprova. Caso o réu formule defesa indireta, estará obrigado a produzir prova acerca dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor¹⁴⁴, que houver alegado a título de defesa.

Atento ao dogma da autonomia da vontade, o Código previu a possibilidade das partes firmarem pacto acerca da distribuição dos ônus da prova para negócios concretos. Entretanto, o Código não descuidou da perspectiva publicista assumida pelo processo, restringido tal autonomia na distribuição dos ônus da prova, sempre que as causas versarem sobre direito indisponível e, ainda, quando a alteração da disciplina geral tornar excessivamente difícil à parte o exercício do direito (art. 333, parágrafo único, CPC).

A par da regra geral do artigo 333, o Código estabeleceu uma regra especial quanto à falsidade de documentos apresentados em juízo. De acordo com o artigo 389 do CPC, quando a alegação da parte se tratar de falsidade do documento, o ônus da prova da falsidade incumbirá a quem a alegar. Contudo, se a alegação referir-se especificamente à falsidade da assinatura aposta no documento, o ônus da prova caberá a parte que houver apresentado o documento em juízo, ou no dizer do Código, “produzido o documento”.

5.5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova consiste em regra especial de distribuição do ônus da prova, configurando verdadeira exceção à regra geral prevista no CPC.

¹⁴⁴ Fato impeditivo é qualquer circunstância que impede que decorra de um fato o efeito que lhe é normal ou próprio. Fato modificativo é o que, sem excluir ou impedir a relação, que lhe é anterior, a modifica. Fato extintivo é o que tem a eficácia de fazer cessar a relação jurídica.

A regra de inversão do ônus da prova exclui a alegação de fato sobre a qual incide do objeto da prova, produzindo sobre ela uma presunção relativa de veracidade. Assim, a parte beneficiada com a inversão ficará desonerada, ou, nas palavras de Barbosa Moreira, isenta¹⁴⁵, do ônus de prová-la, sem que esse ônus seja atribuído a qualquer pessoa, pois, passa-se a admitir que a alegação é verdadeira. A parte contrária ficará então incumbida de provar a negativa do fato presumido ou uma versão que com ele seja incompatível. Inverte-se, pois, o ônus da prova, no sentido de onerar-se o réu a provar a inexistência dos fatos alegados pelo autor¹⁴⁶.

¹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, n. 86, abril - junho de 1997, p. 296.

¹⁴⁶ A inversão é do ônus da prova e não do ônus financeiro da produção de provas. Assim é que o STJ tem entendido que uma vez invertido o ônus da prova, com base nas normas do CDC, não cabe ao fornecedor de produtos ou serviços custear, isto é, arcar com os ônus financeiros, a perícia requerida pelo consumidor. O Tribunal tem ressalvado, contudo, que se o fornecedor não produz ou não viabiliza a produção da prova pericial, deverá suportar as consequências advinda da omissão da perícia:

“Ação de revisão de contrato bancário. Inversão do ônus da prova. Pagamento das despesas pela produção da prova. Precedentes da Terceira Turma.

1. Ficou assentado na Terceira Turma que a ‘inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as consequências processuais advindas de sua não produção’ (REsp nº 443.208/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17/3/03; no mesmo sentido: AgRgREsp nº 542.241/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 19/4/04; REsp nº 435.155/MG, de minha relatoria, DJ de 11/5/03; REsp nº 466.604/RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 2/6/03).

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (REsp 615684 - Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - DJ 10.10.2005, p. 359)

A norma especial de inversão do ônus da prova pode advir da lei, como acontece por exemplo na norma do Código de Defesa do Consumidor - CDC que dispensa o consumidor de provar o defeito do produto, presumindo-o e atribuindo ao fornecedor o encargo de demonstrar que “o defeito inexistente” (art. 12, §3º, II e art. 14, §3º, I), bem como no Código Tributário Nacional - CTN, que presume a responsabilidade tributária dos sócios, em sociedade de pessoas, que encerra irregularmente suas atividades (art. 135)¹⁴⁷.

A inversão do ônus da prova pode, também, ser originária da vontade das partes, por meio de cláusula contratual, conforme prevê o artigo 333 do CPC, ao autorizar a convenção acerca dos ônus probatórios.

Por fim, a inversão pode advir de decisão judicial nas hipóteses legalmente autorizadas.

Dentre as hipóteses de inversão do ônus da prova, a que parece causar maior controvérsia é aquela decorrente da aplicação do CDC. O citado Código, em seu artigo 6º, previu a possibilidade de inversão do ônus da prova por ato

¹⁴⁷ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO – CITAÇÃO NA PESSOA DO SÓCIO-GERENTE – ART. 135, III DO CTN – DISSOLUÇÃO IRREGULAR.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei.

2. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar.

3. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade do sócio-gerente que fica com o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.

4. A diferença entre as duas situações, em relação do redirecionamento, é a inversão do ônus da prova: na extinção regular cabe ao exequente fazer a prova em desfavor do sócio-gerente, e na extinção irregular da sociedade, cabe ao sócio gerente fazer a prova

em seu favor, ou seja não ter agido com dolo, culpa fraude ou excesso de poder.

5. Recurso especial provido.(REsp 736325 – Re. Ministra ELIANA CALMON - DJ 24.10.2005, p. 291)

do juiz (*ope judge*)¹⁴⁸, sempre que presentes certos requisitos, a critério do julgador.

Duas questões merecem atenção quando se trata da inversão do ônus da prova no CDC. A primeira refere-se à identificação dos requisitos que são exigidos por lei para que o juiz inverta o ônus da prova. A segunda é o momento em que essa inversão do ônus da prova deve ser realizada e anunciada às partes.

Dentre os requisitos para a inversão do ônus da prova, o primeiro deles que deve ser indicado é o da existência de relação de consumo. O CDC é aplicável às relações de consumo, que são aquelas que se desenvolvem entre fornecedores e consumidores.

O conceito de fornecedor está indicado no artigo 3º do CDC é não suscita maiores controvérsias. Assim, fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Já o conceito de consumidor encontra-se inicialmente no artigo 2º do CDC, em que se estabelece um conceito geral, e nos artigos 2º, parágrafo

¹⁴⁸ “(...) 2. As regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive a que autoriza a inversão dos ônus da prova, são aplicáveis aos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação.

3. Entretanto, para que seja determinada a inversão do ônus da prova, é mister que o magistrado o faça justificadamente, demonstrando presentes os pressupostos do art. 6º, VIII, do CDC, o que ino correu na hipótese dos autos, uma vez que o Tribunal *a quo* limitou-se a afirmar que, tratando-se de relação de consumo, tem o fornecedor melhores condições de produzir a prova.

4. É assente na Corte que: ‘Conquanto se aplique aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação as regras do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não pode ser determinada automaticamente, devendo atender às exigências do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90.’ (REsp 492.318/PR). Isto porque, ‘não prevalece a transferência do encargo ao réu, quando o Magistrado deixar de justificar devidamente ocorrerem os pressupostos estabelecidos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para a inversão do ônus da prova’ (REsp 437.425/RJ).

5. Precedentes da Corte: REsp 492.318/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 08/03/2004; REsp 437.425/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24/03/2003; REsp 591.110/BA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior DJ 01/07/2004. (...)” (RESP 615553 / BA - Ministro LUIZ FUX - T1 - PRIMEIRA TURMA - DJ 28.02.2005, p. 220)

único¹⁴⁹, 17¹⁵⁰ e 29¹⁵¹, em que são disciplinadas as figuras dos consumidores por equiparação.

O conceito de consumidor, em especial aquele do artigo 2º do CDC, tem suscitado grande discussão doutrinária e jurisprudência. É que segundo o tal artigo 2º, consumidor é aquele que “utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A problemática coloca-se em determinar o que seja “destinatário final”. O Código não traz qualquer indicação para elucidar a controvérsia, relegando tal atribuição à doutrina e à Jurisprudência. A questão é polêmica e ainda não está pacificada no STJ, em que ora adota-se a teoria finalista (ou subjetiva)¹⁵², ora adota-se a teoria maximalista (ou objetiva)¹⁵³.

Uma vez verificada a existência de relação de consumo, passa a incidir a norma do artigo 6º, VIII, do CDC que autoriza o juiz a determinar a inversão do ônus da prova sempre que presente, alternativamente, uma das situações que indica. Assim, havendo relação de consumo, o julgador poderá, no sentido de poder-dever, determinar a inversão do ônus da prova na hipótese de

¹⁴⁹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

¹⁵⁰ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

¹⁵¹ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

¹⁵² “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.” (REsp 541.867 – Rel. p/acórdão Ministro BARROS MONTEIRO - DJ 16.05.2005, p. 227)

¹⁵³ “Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.” (STJ - CC 41056 – Relatora p/acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI - DJ 20.09.2004, p. 181)

verossimilhança da alegação do consumidor ou de hipossuficiência desse. É bastante e suficiente para que se autorize a inversão do ônus da prova, que fique caracterizada uma das duas situações, a verossimilhança ou a hipossuficiência, conforme se vê do uso da conjunção alternativa 'ou' e não da aditiva 'e', no texto do inciso VIII do artigo 6º em exame¹⁵⁴.

A existência de verossimilhança, conforme já analisamos no item 2.4, é determinada pelas regras da experiência do magistrado, que, a partir de seu conhecimento acerca daquilo que usualmente acontece, pode verificar, ou não, nas alegações do autor, uma aparência de verdade por corresponder aquilo que é ordinário, comum, na realidade empírica¹⁵⁵. Aliás, o texto do próprio inciso VIII, do artigo 6º, do CDC, deixa isso claro em sua redação ao estabelecer que a verossimilhança deve ser aferida “segundo as regras ordinárias de experiências”.

A verificação da hipossuficiência dependerá de uma análise acerca do grau de instrução do consumidor e do nível de difusão dos conhecimentos específicos referentes aos fatos da causa. É que a hipossuficiência referida no inciso VIII, do Art. 6º, do CDC, reporta-se aos aspectos técnicos do produto ou serviço objeto da lide.

¹⁵⁴ “Consumidor. Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova.

- Debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta corrente, efetuado mediante cartão bancário, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques.

- Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.

- Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança das alegações de suas alegações de que não efetuara o saque em sua conta corrente.

Recurso não conhecido.” (REsp 557030 – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI - DJ 01.02.2005, p. 542)

¹⁵⁵ “Alegação *verossímil* é aquela que mesmo não sendo apoiada em elementos probatórios tem a aparência de ser verdadeira.” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 103).

Em grande parte das lides referentes a relações de consumo, é o fornecedor que detém, de modo completo e exclusivo, os conhecimentos técnicos referentes aos produtos e serviços, inclusive no que se refere aos seus modos de concepção, constituição, produção e comercialização. Nessas hipóteses, a inversão do ônus da prova se faz necessária para restabelecer a isonomia das partes litigantes.

Parte da doutrina e da jurisprudência contudo, tem admitido a inversão do ônus da prova fundada apenas na hipossuficiência econômica do consumidor. De fato, é visível que em algumas situações existe sensível diferença patrimonial entre o consumidor e o fornecedor. Contudo, o sistema processual prevê outro mecanismo para a solução da hipossuficiência econômica da parte, ao assegurar a todos os necessitados, na forma da lei, assistência judiciária gratuita, inclusive com isenção de custas processuais e honorários periciais. Assim, se não existe disparidade de conhecimentos técnicos entre as partes, de modo que o consumidor possa, ao valer-se dos mecanismos da assistência judiciária, produzir as provas pertinentes à lide, não há que se inverter o ônus da prova¹⁵⁶.

A hipossuficiência no aspecto técnico, contudo, depende não apenas de uma análise subjetiva das partes em litígio, como a que se daria caso fosse aceita a hipossuficiência econômica. A análise da hipossuficiência técnica decorre da análise do objeto litigioso, de modo a observar se a técnica utilizada no desenvolvimento do produto ou serviço objeto da lide está acessível aos consumidores de maneira geral ou é de tal modo especializada que somente o fornecedor tem o domínio de sua forma de produção e realização. Na segunda hipótese, deverá o juiz proceder à inversão do ônus da prova, a fim de garantir

¹⁵⁶ A esse respeito, colhe-se do voto da ministra Nancy Andrighi, no REsp 557030, DJ 01.02.2005, p. 542: “É cediço que o texto legal (art. 6º, VIII, do CDC), quando trata da hipossuficiência, remete à chamada hipossuficiência técnica do consumidor que, *in casu*, pode ser traduzida pelo total desconhecimento dos mecanismos de segurança utilizados pela instituição financeira no controle de seus procedimentos e ainda das possíveis formas de superação dessas barreiras a eventuais fraudes, pressupostos latentes na situação fática discutida. Tão-somente a hipossuficiência já seria suficiente para fundamentar a inversão do ônus da prova determinada na sentença e confirmada no acórdão, o que se depreende da interpretação do citado dispositivo legal que traz a conjunção alternativa ‘ou’ entre os elementos verossimilhança e hipossuficiência.”

a igualdade processual das partes, tendo em vista a grande dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade, de o consumidor produzir a prova pretendida.

Feitas essas considerações acerca dos requisitos exigidos pelo CDC para a inversão do ônus da prova, cumpre observar, à luz do modelo constitucional de processo, em que momento deve ser realizada pelo juiz a inversão do ônus probatório.

Parte da doutrina tem sustentado que a inversão do ônus da prova somente deve ser realizada ao final da lide, na fase de julgamento do processo, na hipótese de o juiz não ter conseguido atingir um convencimento quanto à verdade das alegações das partes. Sustenta-se que sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, o juiz somente deveria analisá-la por ocasião da prolação da sentença de mérito.

Essa visão, contudo, não se coaduna com o modelo constitucional de processo. A parte prejudicada pela inversão do ônus da prova não pode ser ao final da instrução processual surpreendida com a aplicação da inversão, quando então não mais terá meios para se desincumbir desse ônus, pela produção de prova que afaste a presunção relativa formada em relação às alegações do consumidor.

É importante ter em conta que a inversão do ônus da prova dá-se por obra do juiz, devidamente autorizado por lei, e não pela própria lei diretamente, conforme já se explicou acima. Assim, até que o magistrado profira decisão invertendo o ônus da prova, continuam aplicáveis ao processo as regras gerais acerca dos ônus da prova, previstas no artigo 333 do CPC.

Com efeito, as partes, durante a instrução processual, comportam-se tendo em vista tal disciplina normativa, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo e ao réu provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos.

A inversão do ônus da prova apenas por ocasião do julgamento de mérito importaria inaceitável insegurança jurídica e implicaria o esvaziamento de uma das perspectivas do ônus subjetivo da prova, que serve para orientar

as partes em suas estratégias processuais¹⁵⁷, atingindo certamente o valor constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88). Afinal, uma vez ultrapassada a fase probatória do processo, não mais poderia a parte produzir as provas que entendesse pertinentes à desconstituição da presunção de veracidade das alegações do autor.

Logo, podemos dizer que o momento processual oportuno para a inversão do ônus da prova é aquele do saneamento do processo, em que o juiz fixa os pontos controvertidos e determina as provas a serem produzidas, ocasião em que as partes estabelecerão as suas respectivas estratégias processuais. Acaso o juiz, somente após o início da fase instrutória, verifique que a hipótese é de inversão do ônus da prova, deverá reabrir tal fase processual, assegurando ao réu a ampla utilização dos meios de prova que lhe estejam disponíveis, de modo a preservar o valor constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Aceitar a inversão do ônus da prova apenas por ocasião do julgamento da causa, (*rectius*: prolação da sentença de mérito), é desconhecer o importante papel desempenhado pelo ônus da prova em sua perspectiva subjetiva, que atua como relevante regra de instrução e não simplesmente como regra de julgamento e, por conseguinte, significa mitigar, de modo

¹⁵⁷ “Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Momento processual.

1. É possível ao Magistrado deferir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova e sua valoração, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que depende de circunstâncias concretas apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (RESP 598620 / MG - Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - T3 - TERCEIRA TURMA - DJ 18.04.2005, p. 314)

Sobre o assunto, interessante a leitura dos debates travados entre os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ari Pargendler e Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 442854 - DJ 07.04.2003, p. 283.

sensível e injustificado, os princípios do contraditório e da ampla defesa, que fazem parte do modelo constitucional de processo¹⁵⁸.

¹⁵⁸ “...as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar. Assim, vistas as coisas, a inversão, se ordenada na sentença representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra *até ali vigente*, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que para ele, *não existia antes da adoção da medida* -, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. A aplicação do dispositivo em exame, se observada a orientação doutrinária aqui combatida, redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, n. LV)”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, n. 86, abril - junho de 1997, p. 305-306)

6 A “PROVA INEQUÍVOCA” DE “VEROSSIMILHANÇA” NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A técnica da antecipação de tutela, prevista de modo geral no artigo 273 do CPC, tem sido entendida como um mecanismo pelo qual o juiz atribui ao autor, em momento temporalmente antecedente ao da sentença de mérito, os efeitos práticos que somente adviriam desta.

Assim, a técnica da antecipação de tutela possibilita a satisfação imediata, ainda que provisória, do direito que se busca tutelar por meio do processo.

Para que o juiz possibilite essa ‘satisfação antecipada’ do direito do autor, necessário que restem preenchidos os requisitos indicados na lei para o deferimento da medida antecipatória.

Para os fins do presente estudo, importa-nos apenas o requisito indicado no *caput* do artigo 273 do CPC, notadamente, a exigência de que exista ‘prova inequívoca’ que convença o juiz acerca da verossimilhança da alegação do autor. O esclarecimento ora feito é relevante, na medida em que define o âmbito de incidência das considerações que se farão em seguida. Afinal, tratar dos muitos casos de antecipação de tutela (Lei do Mandado de Segurança - LMS, Lei da Ação Civil Pública - LACP, Código de Defesa do Consumidor - CDC, art. 461-CPC, art. 461-A-CPC, art. 928-CPC etc.) no presente trabalho terminaria por desvirtuá-lo

6.1 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

O instituto da antecipação de tutela, antes de demonstrar uma unidade, representa diversas realidades, agrupadas sob um mesmo *nomen iuris*. Mesmo

que nos limitemos apenas ao artigo 273 do CPC¹⁵⁹, lá podemos identificar três espécies distintas de providência antecipatória, cujos requisitos para concessão variarão, caso a caso.

O inciso I do artigo 273 prevê como requisito para a antecipação de tutela, além da “prova inequívoca de verossimilhança”, a existência de *periculum in mora*. Já o inciso II do mesmo 273, prevê, além da “prova inequívoca de verossimilhança”, a existência de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu. O parágrafo 6º, do mesmo 273, exige, para autorizar a concessão de antecipação de tutela, apenas a existência de pedido ou parcela de pedidos incontroversos.

Cada um desses requisitos, leia-se, hipóteses de antecipação de tutela, evidencia-se voltado a resolver determinada crise processual. Temos, então, providências de natureza antecipatória que se destinam a garantir a efetividade do processo, evitando que a demora na solução da lide, inclusive as decorrentes de dilações fisiológicas do processo, venha a comprometer a possibilidade de o processo dar a quem tem razão, tudo aquilo e exatamente aquilo a que se tem direito (*pericolo di tardività*). É o caso do inciso I do artigo 273¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

¹⁶⁰ Assim, na classificação posta por Marcelo Bertoldi, temos as seguintes espécies de antecipação de tutela: *mista* ou *assecuratória* e *pura* ou *punitiva*. “É mista ou assecuratória a tutela antecipada que visa a reprimir a possibilidade de ocorrer dano irreparável ou de difícil reparação (273, I). Contém ela nítidos contornos cautelares, já que, estribada no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, visa a garantir e viabilizar a possibilidade de realização do direito afirmado pelo autor.” Por sua vez, é pura ou punitiva a antecipação que “visa a reprimir o uso do processo de forma maliciosa pelo réu, que abusa de seu direito de defesa ou pratica atos nitidamente protelatórios.” (BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997, p. 14).

Já o inciso II do 273 assemelha-se mais a uma hipótese de sanção processual, aplicada ao litigante que abusa de seu direito de defesa¹⁶¹, ao passo que o parágrafo 6º evidencia uma cisão do julgamento do mérito.

Temos assim que antecipação de tutela, em certas hipóteses, poderá configurar instrumento de concreção do valor constitucional da efetividade do processo.

6.2 COGNIÇÃO SUMÁRIA E TUTELA DE URGÊNCIA

A cognição, isto é, ato de análise pelo juiz das alegações que envolvem a causa pode ser classificada, quanto à sua profundidade, ou seja, no plano vertical, em três diferentes níveis.

Temos, assim, as cognições: superficial, sumária e exauriente. A cognição superficial é a realizada pelo juiz antes da citação, apenas com a petição inicial produzida pelo autor. A cognição sumária é a que se pode realizar após a citação do réu e sua manifestação nos autos, isto é, com o contraditório devidamente realizado. A cognição exauriente é a que pode ser obtida com o exame de todo o material probatório, após o encerramento da fase instrutória e com observância de contraditório pleno.

O ordenamento estabelece diversos níveis de cognição, de acordo com a decisão exigida. Assim, para as providências de urgência, estabelece-se cognição sumária e, excepcionalmente, autoriza-se cognição superficial.

É que a cognição exauriente, em casos urgentes, tornaria ineficaz a tutela jurisdicional, em decorrência do tempo que normalmente se exige para a produção de todas as provas (duração fisiológica do processo). Assim,

¹⁶¹ “a antecipação prevista no art. 273 (II) do CPC tem uma finalidade nitidamente *repressiva*, caracterizando-se, mais adequadamente, como uma modalidade de *sanção processual*.”(GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 99).

sacrifica-se a profundidade do exame para se preservar o resultado útil do processo.

Desse modo, as tutelas de urgência exigem apenas cognição sumária, ao passo em que as decisões de mérito, que resolvem em definitivo a *res in iudicio deducta* exigem, via de regra, cognição exauriente, por serem definitivas (art. 463 do CPC)¹⁶².

Assim, as cognições superficiais e sumárias ligam-se a um juízo de verossimilhança e a graus de probabilidade, ao passo em que a cognição exauriente liga-se a juízo de certeza ou de verdade.

6.3 “PROVA INEQUÍVOCA” E “VEROSSIMILHANÇA”

O artigo 273, *caput*, do CPC exige, como requisito para a concessão de antecipação de tutela, que exista “prova inequívoca” capaz de convencer o juiz acerca da “verossimilhança” da alegação¹⁶³.

¹⁶² É certo que o sistema, tendo em vista a necessidade de tutela diferenciada, pode prever tutelas definitivas sumárias, como acontece, por exemplo, no mandado de segurança e na ação monitória. Tais hipóteses são, contudo, exceção e estão, geralmente, contrabalançadas por disposições de limitações probatórias. Nesse sentido, esclarece José Roberto dos Santos Bedaque: “É possível, ainda, a tutela cognitiva e final ser deferida mediante cognição menos profunda, sumária, visando a atender necessidades específicas verificadas no plano material. (...) Para atender a situações especiais, portanto, pode o legislador valer-se de duas técnicas distintas: a tutela sumária não cautelar e a tutela sumária cautelar. Como exemplo da primeira espécie, temos no direito brasileiro o mandado de segurança. Em relação à segunda, pode ser apontada a antecipação da tutela prevista no art. 273. O recurso à tutela sumária não cautelar deve ser excepcional, cabendo ao legislador estabelecer, de forma específica, quais os direitos suscetíveis de proteção por essa via urgente, regulando minuciosamente o procedimento para obtenção do provimento.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela de urgência e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 112-113).

¹⁶³ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e.”

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (...)”

Os conceitos de prova inequívoca e de verossimilhança não têm, contudo, a pretendida relação de causalidade. Muito ao contrário. A verossimilhança, conforme visto (item 2.4.2.) independe de qualquer prova, sendo determinada por regras gerais pré-probatórias, formadas por indução, a partir da observação daquilo que comumente acontece em sociedade, ou seja, *id quod plerunque accidit*.

A inovadora expressão ‘prova inequívoca’, que não havia sido até então utilizada na linguagem jurídica, parece estar relacionada com um juízo de certeza, determinado por uma cognição exauriente, acerca dos elementos de prova disponíveis. Contudo, não existe um significado convencional para tal expressão¹⁶⁴.

Assim, não se pode dizer que a verossimilhança seja decorrente de uma prova inequívoca. Sequer existe relação entre verossimilhança e prova inequívoca.

A esse respeito, incisivas são as palavras de Michele Taruffo:

Da um lato tutto cio che attiene allá verità o alla probabilità di una proposizione fattuale, ossia al suo grado di fondatezza, di credibilità e di attendibilità sulla base degli elementi di prova disponibili in un contesto dato, non ha nulla a che vedere con il concetto di verosimiglianza. I relativi problemi si affrontano correttamente solo in termini di teorie della verità o di teorie della probabilità, poiché solo queste teorie possono fornire le basi epistemologiche e i modelli razionali occorrenti per analizzare i fenomeni della prova e dell'accertamento del fatto. In questo contesto il ricorso all'ideia di verosimiglianza è inutile e dannoso: inutile perché non occorre chiamare verosimiglianza ciò che si definisce adeguatamente in termini di

¹⁶⁴ Eduardo Cambi busca identificar o significado de ‘prova inequívoca’ nos seguintes termos: “Em outras palavras, a diferença que se pretende estabelecer entre prova inequívoca e prova definitiva é, tão-somente, relativa ao grau de cognição que o juiz tem no momento em que profere a decisão, ainda que o conteúdo da sentença possa vir a ser idêntico ao da decisão interlocutória. A desconformidade entre a prova inequívoca e a prova definitiva não é tanto uma questão relativa ao conteúdo da prova, mas sobretudo, um problema de valoração da prova. O meio de prova de que o juiz se vale para proferir uma decisão interlocutória pode ser o mesmo em que irá se basear quando for sentenciar, embora, de um momento para o outro, a cognição seja diferente, pois deixa de ser sumária e passa a ser exauriente, apesar de poder não haver alteração no elemento probatório que serve de suporte para a decisão.” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 66).

verità/probabilità; danoso persoché l'uso scorreto del concetto di verosimiglianza genera confusioni non trascurabili.¹⁶⁵

Põe-se, então, ao interprete a difícil tarefa de extrair um resultado semântico racional a partir do enunciado lingüístico do *caput* do artigo 273 do CPC.

Sobre o assunto, observa Marcelo Lima Guerra:

É imperioso reconhecer que o legislador, na formulação desse requisito, empregou, de uma parte, expressão lingüística 'inventada' por ele, carente, portanto, de um significado convencional – a expressão 'prova inequívoca' – e, de outra parte, valeu-se de uma expressão que não o era, mas tornou-se ambígua, especificamente no contexto da linguagem dos processualistas diretamente influenciados pela doutrina italiana, como é caso aqui no Brasil – a expressão 'verossimilhança'. Tudo isso dificulta sobremaneira a compreensão desse 'requisito' da emissão de qualquer providência autorizada pelo art. 273.¹⁶⁶

É certo que não se pode dar prevalência a qualquer das duas expressões – prova inequívoca e verossimilhança - utilizadas pela norma em exame. Quer porque "a lei não possui palavras inúteis", quer porque nenhuma delas, de per si, é compatível com o sistema das providências urgentes.

O deferimento de medida antecipatória exige um mínimo de análise acerca da plausibilidade das alegações de fato formuladas pelo autor, que se dá por meio de cognição sumária. Não se poderia pretender o deferimento de antecipação de tutela, que corresponde à verdadeira inversão do ônus temporal do processo, com fundamento em mera análise de verossimilhança, que nada tem de confiável em relação a situações específicas e concretas, em razão de decorrer de uma observação geral. Providências antecipatórias desse jaez infringiriam, via de regra, bases mínimas de plausibilidade constitucional, na medida em que ensejaria injustificável restrição dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pelo que, dificilmente, superariam o teste da proporcionalidade.

¹⁶⁵ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992, p. 163.

¹⁶⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Tutela de urgência*. Apostila do curso de aperfeiçoamento promovido pelo Conselho da Justiça Federal, em 2005, *mimeo*, p. 82.

Contudo, o deferimento de antecipação de tutela também não se coaduna com a “prova inequívoca”. Acaso fosse entendido que prova inequívoca seria aquela que não deixa qualquer dúvida, ela consistiria em verdadeiro juízo de certeza por parte do magistrado, o que demandaria cognição exauriente.

Acontece que, o espaço de tempo necessário para a ampla produção de provas, que viabiliza a cognição exauriente, não se compatibiliza com o regime das providências urgentes, que demanda solução em curto prazo, sob pena de ineficácia do processo.

Assim, a identificação do conteúdo da expressão ‘prova inequívoca que convença da verossimilhança’ deve ser formada por uma ponderação entre as duas figuras, que resulta no significado semântico de probabilidade. Portanto, prova inequívoca de verossimilhança consiste na probabilidade de restar confirmada, após a cognição exauriente, a verdade das alegações formuladas pelo autor.

Surge com isso outro problema. Qual o grau de probabilidade se exige para o deferimento de providência antecipatória?

Já vimos (item 2.5.) que a probabilidade é a medida da verdade. O grau de probabilidade, então será determinado pelo nível de cognição exigido para a decisão. No caso de providência antecipatória, o grau de probabilidade exigido deverá ser aquele compatível com uma cognição sumária. E quanto mais profunda for a intervenção da ordem judicial no patrimônio jurídico do réu, mais profunda deverá ser a cognição e, por via de conseqüência, mais profunda deverá ser a probabilidade exigida.

Sempre que se defere uma providência antecipatória, nos termos do artigo 273, I, do CPC, está-se pondo em confronto dois diferentes valores constitucionais que compõem o devido processo legal: o contraditório e a efetividade do processo.

Assim, quanto maior for à restrição ao contraditório, impingida pelo maior grau de invasão da medida antecipatória, maior deverá ser a cognição exigida para o deferimento da medida.

É certo que esse requisito da probabilidade equivalente ao grau de cognição sumária, exigido pela norma do artigo 273, *caput*, pode, em certos casos, vir a ser flexibilizado.

Conforme dito, sempre que existe o deferimento de uma providência antecipatória, podemos dizer que há a resolução de um conflito de direitos fundamentais (contraditório x efetividade do processo), que restou equalizado pelo legislador no artigo 273. Nesse sentido, Teori Albino Zavasky ensina que a concordância prática entre os direitos fundamentais em conflito pode advir da via legislativa, o que ocorre sempre que previsíveis os fenômenos de tensão, ou pela via judicial, que se torna necessária na ausência de solução legislativa ou quando esta se mostrar insuficiente ou inadequada para a solução do conflito *in concreto*.¹⁶⁷

Assim, a exigência de cognição sumária para o deferimento da antecipação de tutela pode ser flexibilizada pelo juiz sempre que se mostrem inadequadas para a solução do conflito que lhe seja submetido. Portanto, quando se coloca em jogo a preservação do valor constitucional da efetividade do processo, o grau de cognição exigido para o deferimento de providência antecipatória, antes de estar estabelecido de forma fixa, é graduado por uma escala móvel. Essa escala penderá para uma cognição mais profunda ou mais superficial de acordo com a intensidade do risco de ineficácia do processo, i.e.,

¹⁶⁷ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62.

do *periculum in mora*, e, ainda, variará de acordo com o grau de mitigação da garantia constitucional do contraditório.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Admitindo a possibilidade de concessão de antecipação de tutela com fundamento em juízo de mera verossimilhança, apesar de não analisar explicitamente os fundamentos ora indicados, Eduardo Cambi observa: “No entanto, ao afirmar que, comumente, a concessão da tutela antecipada está calcada em um juízo de probabilidade, isso não significa que não possa, eventualmente, vir a ser concedida com base em um juízo de verossimilhança. Ocorre que, nesses casos, a cognição, para a aplicação do art. 273 do CPC, far-se-á, tão-somente, a partir da análise das alegações, independentemente de meios de prova, o que torna o convencimento mais frágil e, portanto, a concessão da antecipação dos efeitos do provimento final mais difícil, embora isso não deixe de ser possível. Nesses casos, todavia, a regra contida no *caput* do art. 273 do CPC deve ser interpretada restritivamente, já que não haverá a necessidade da produção de uma prova inequívoca.” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 67).

7 LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS

Já vimos que o modelo constitucional do processo, composto pelos valores consagrados no texto da Constituição Federal, determina a busca da verdade no processo, alcançando, por conseguinte, o direito à prova ao status de norma constitucional.

Assim, cabe ao legislador ordinário viabilizar, por meio da legislação processual, o exercício do direito à prova. As limitações que lhe sejam opostas, contudo, devem observar o critério da razoabilidade, não sendo dado ao legislador estabelecer restrições à atividade probatória que não obedeçam a critérios de relevância, pertinência, necessidade, utilidade, e efetividade, sob pena de ofender o regramento constitucional do processo e incidir, pois, em vício de inconstitucionalidade¹⁶⁹.

Analisando o regramento infraconstitucional do processo, verificamos o estabelecimento, pelo legislador ordinário, de algumas limitações às provas de que pode dispor a parte.

Em algumas situações, a lei retira do magistrado a possibilidade de analisar livremente a prova colhida, valorando-a previamente¹⁷⁰, no que ficou conhecido como prova legal (supra, item 3.3.). Noutros casos, a lei restringe o rito procedimental de acordo com a espécie da prova disponível. Há, também, situações em que o ordenamento veda a utilização de determinadas provas, por considerá-las ilícitas.

¹⁶⁹ Eduardo Cambi, após atribuir status constitucional à prova, afirma: “O direito à prova é uma conquista do Estado Democrático de Direito que pretende aproximar os consumidores da justiça dos órgãos estatais responsáveis pela tutela jurisdicional dos direitos. Visa assegurar a possibilidade de as partes se valerem de *todos* os meios de prova que se revelem idôneos e úteis para demonstrar a verdade ou falsidade dos fatos alegados e que sirvam como suporte para as suas respectivas pretensões e defesas. Compreende, também, a proibição ao legislador infraconstitucional de colocar obstáculos não razoáveis que impeçam ou dificultem a utilização das provas dos direitos buscados em juízo.” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 46).

¹⁷⁰ “en el caso de las reglas de prueba legal, como ya he sostenido, se hace abstracción de la racionalidad de la decisión en el caso concreto y se adjudica un determinado resultado probatorio a un medio genérico de prueba.” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad em el derecho*. Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 67).

7.1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO) E AS PROVAS LEGAIS

Conforme vimos anteriormente (item 3.3) o critério de valoração da prova adotado pelo CPC (art. 131) foi o do livre convencimento motivado. Não obstante, foram preservadas algumas regras da sistemática da prova legal, as quais consubstanciam verdadeiro limite à atividade probatória e, conseqüentemente, à busca da verdade no processo. Trata-se, na expressão de Cândido Rangel Dinamarco, de “pequenas ilhas de prova legal, que não infirmam o sistema adotado”¹⁷¹ do livre convencimento motivado.

O artigo 145 do CPC¹⁷² é uma dessas ilhas de prova legal, que exige a prova pericial para a prova de alegações quanto aos fatos para cujo conhecimento seja indispensável um preparo técnico ou científico especializado. Nesses casos, não se admite que o juiz, valorando a prova, afirme a veracidade da alegação com base apenas em provas testemunhais ou com fundamento na máxima da experiência.

O artigo 401, também do CPC¹⁷³, traz outra regra de prova legal, ao estabelecer que a prova de contratos cujo valor seja acima de 10 (dez) salários-mínimos não pode ser feita unicamente por meio de testemunhas.

Na legislação especial encontramos a exigência de prova legal para a prova de atividade rural para fins de obtenção de benefício previdenciário, uma

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 107.

¹⁷² “Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.”

¹⁷³ “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

vez que não se aceita para a espécie prova exclusivamente testemunhal (art. 106 da Lei 8.213/91¹⁷⁴ e súmula 149 do STJ¹⁷⁵).

O sistema de prova legal não pode, contudo, estabelecer limitações absolutas à busca da verdade no processo, sob pena de incidir em vício de inconstitucionalidade. O modelo constitucional de processo demanda a estruturação de um sistema processual apto a entregar uma prestação jurisdicional fundada na verdade e, pois, com potencial de solucionar de modo eficaz os conflitos sociais¹⁷⁶ (itens 1.5 a 1.7).

Assim, apesar de ser constitucionalmente possível a adoção de limitações probatórias, vez que tendentes à preservação do valor constitucional da segurança jurídica, não se pode admitir um sistema de prova legal que, de

¹⁷⁴ “Art. 106. Para comprovação do exercício de atividade rural será obrigatória, a partir 16 de abril de 1994, a apresentação da Carteira de Identificação e Contribuição—CIC referida no § 3º do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Parágrafo único. A comprovação do exercício de atividade rural referente a período anterior a 16 de abril de 1994, observado o disposto no § 3º do art. 55 desta Lei, far-se-á alternativamente através de:

- I - contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II - contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;
- III - declaração do sindicato de trabalhadores rurais, desde que homologada pelo INSS;
- IV - comprovante de cadastro do INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;
- V - bloco de notas do produtor rural.”

¹⁷⁵ “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.”

¹⁷⁶ “em sistema que aspire à máxima eficiência, quaisquer possíveis fontes de prova podem e devem comportar utilização. A eventual exclusão de alguma delas é que, por abrir exceção, precisará ser cumpridamente justificada, caso a caso; e a justificacão terá de apoiar-se na necessidade de resguardar valores jurídicos de grau superior, ou pelo menos igual, ao daquele a cuja proteçãõ, *ipso facto*, se renuncia.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, n. 53, janeiro - março de 1989, p. 122-123).

tão rígido, inviabilize a realização do valor constitucional da efetividade do processo¹⁷⁷.

É importante, aqui, ter em conta que certas situações, em que a lei fixa como requisito à prova a existência de determinada formalidade, não estamos diante de um verdadeiro sistema de prova legal, mas sim de requisitos para a própria validade do negócio jurídico. É o que acontece quanto às escrituras públicas para a prova de transações imobiliárias.

Nessas situações, a forma especial é exigida como requisito da validade do próprio negócio jurídico (forma *ad solemnitatem*)¹⁷⁸ e não como exigência para a sua prova (forma *ad probationem*). A distinção, apesar de nem sempre saltar aos olhos, é imprescindível para se manter a constitucionalidade dessas exigências. Afinal, conforme já assentado, o sistema da prova legal somente pode ser compreendido em face do modelo constitucional de processo se não limitar, de modo absoluto, a verificação da verdade.

Assim, nos casos em que lei exige forma *ad solemnitatem*, está sendo exigida uma forma especial de manifestação de vontade a autorizar a produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes do negócio, nesse momento regido pelas regras de direito substantivo. A forma da declaração de vontade, pois, condiciona a sua validade enquanto geradora de efeitos jurídicos.

¹⁷⁷ A respeito, restringindo a regra do artigo 401 do CPC, já decidiu o STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. CORRETAGEM. INTERMEDIÇÃO DE VENDA DE “CONJUNTO DE IRRIGAÇÃO” DE TERRAS PARA PLANTIO. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO ANULADA PELO TRIBUNAL “A QUO”. CPC, ART. 401. VALOR SUPERIOR. EXEGESE.

Seja pela certa imperfeição no critério previsto no art. 401 da lei adjetiva civil, seja pela natureza da atividade de corretagem, que usualmente advém de acordo informal com o vendedor do bem, seja pela possibilidade de ser demonstrado, segundo a orientação jurisprudencial mais moderna do STJ, o fato do serviço, independentemente da prova da existência formal de um contrato, não é de se extinguir ação que objetiva o recebimento de comissão pela intermediação na alienação de “conjunto de irrigação” de terras para cultivo agrícola, apenas porque a parte autora quer se valer, exclusivamente, da prova testemunhal.

II. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (REsp 75687 / SP – Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - DJ 29.10.2001, p. 207).

¹⁷⁸ Nesse sentido, dispõe o artigo 366 do CPC: “Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

A declaração de vontade feita em desacordo com as formalidades exigidas pela lei civil poderá ser objeto de prova. Contudo, não terá o condão de gerar os resultados jurídicos pretendidos, não obstante possa vir a dar azo a outros efeitos jurídicos cuja lei não exija forma especial.¹⁷⁹

7.2 LIMITAÇÃO PROBATÓRIA PELO PROCEDIMENTO: MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO MONITÓRIA

Além das limitações probatórias decorrentes da preservação pontual da sistemática da prova legal, também encontramos no sistema processual limitações probatórias decorrentes do rito processual que venha a ser escolhido pelo autor.

Nessa perspectiva, a limitação probatória é imposta pela lei em decorrência da adoção de determinado rito especial, que exige, para sua utilização, que a parte disponha de um determinado meio de prova. A existência do meio de prova exigido pelo rito processual especial funcionará como uma especial condição de agir, pois que influenciará na escolha do rito adequado para a prestação da tutela jurisdicional (interesse-adequação).

Assim, para que a parte se valha do rito do mandado de segurança - MS, deverá possuir no dizer da lei 1.533/51 “direito líquido e certo” (art. 1º). Exigir que o impetrante do *writ* seja detentor de “direito líquido e certo” significa estabelecer que somente aquele que possuir prova pré-constituída do direito que pretende ver tutelado é que terá disponibilizada, pelo sistema, a via do mandado de segurança. Possuir “direito líquido e certo” não significa, como se poderia entender de uma interpretação literal, a ausência de controvérsia ou de

¹⁷⁹ “Se a prova do ato jurídico solene estiver limitada à forma especial imposta pelo direito material, a prova da manifestação de vontade feita sem sua observância pode ser concretizada por qualquer meio reconhecido pelo direito processual. A manifestação de vontade assim provada não produzirá os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, mas poderá ser válida para a produção de efeitos laterais em relação aos quais a forma especial não seja necessária.” (MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. *Revista de Processo*, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 65).

complexidade das teses jurídicas que envolvem o contexto fático da lide¹⁸⁰. A esse respeito, inclusive, o STF sumulou seu entendimento no enunciado número 625 que diz: “controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança”.

Portanto, a expressão “direito líquido e certo” significa direito cujos fatos que dão suporte à incidência da norma jurídica podem ser demonstrados de plano, o que deve ser feito por prova documental pré-constituída.

Em função disso, faz-se importante distinguir prova documental de prova documentada. A prova documentada é aquela que, apesar de se constituir em um outro meio de prova, é transformada, passando a se consubstanciar em um documento. Seria esse o caso, por exemplo, de prova testemunhal que, após a sua colheita, passa a integrar o documento chamado de “termo de depoimento”¹⁸¹.

Mesmo na hipótese do mando de segurança, a jurisprudência tem dado a tônica da necessidade de razoabilidade das limitações probatórias. Nesse sentido, por exemplo, já se entendeu que na hipótese de ato omissivo do poder público, cabe a autoridade coatora provar que praticou o ato ou que não possuía o dever de praticá-lo, exonerando-se o impetrante do dever, na maior

¹⁸⁰ “A atual expressão *direito líquido e certo* substituiu a precedente, da legislação criadora do mandado de segurança, *direito certo e incontestável*. Nenhuma satisfaz. Ambas são impróprias e de significação equívoca... O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do Direito invocado pelo postulante.” (MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28 ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2005, p.36).

¹⁸¹ Na mesma linha, Clayton Maranhão observa que “prova documental não se confunde com prova documentada. Portanto, em linha de princípio, é de ter como ilícita a prova pericial formada extrajudicialmente e anexada à petição inicial, para fins de concessão de mandado de segurança, pois o modo de produção, é, além de atípico, cerceador do contraditório, à vista da cognição parcial e da celeridade atinente ao procedimento, ofendendo o art. 6º da LMS e o art. 5º, LV e LVI, da Constituição Federal” (MARANHÃO, Clayton. *Mandado de segurança individual e coletivo*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR, Fredie (orgs.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 152).

parte dos casos impossível, de provar documentalmente a conduta omissiva da autoridade¹⁸².

Limitação probatória semelhante à do mandado de segurança é aquela estabelecida para o procedimento monitório, em que se exige, para que o autor faça uso do rito especial previsto no art. 1.102-A¹⁸³, que ele disponha de prova escrita da obrigação e que essa prova escrita seja desprovida de eficácia executiva.

Dessa forma, para que um credor provoque a tutela jurisdicional utilizando o procedimento monitório, com o intuito de ver satisfeita determinada obrigação, deverá apresentar em juízo, de logo, prova escrita da dívida, de modo a se lhe possa ser reconhecido o interesse-adequação no uso da via eleita¹⁸⁴.

Tanto no procedimento do mandado de segurança como no procedimento monitório a fase instrutória é antecipada e termina por ensejar uma identidade entre o momento do juízo de admissibilidade da ação, com os momentos de deferimento e de produção da prova. Todos eles acabam por se confundir e se concentrar na análise da petição inicial que desencadeie qualquer desses procedimentos especiais.

Apesar da semelhança, a limitação probatória da monitória termina por ser mais estrita que a limitação do mandado de segurança, já que na monitória se exige prova escrita e no mandado de segurança apenas prova documental

¹⁸² MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28 ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

¹⁸³ “Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

¹⁸⁴ “O interesse de agir, caracterizado pelo binômio *necessidade/adequação*, estará presente sempre que o autor, afirmando o inadimplemento do réu, pretender valer-se da via monitória para a obtenção da tutela jurisdicional específica prometida pelo sistema jurídico, isto é, sempre que postular, com lastro na causa de pedir por ele indicada e fundando sua pretensão na prova documental exigida por lei”. (MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 57-58).

que não necessariamente se confunde com prova literal, que representa uma visão restritiva do conceito de prova documental.

A prova literal necessária para a ação monitória é documento escrito, sem eficácia de título executivo e merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

Somente um documento formado com a participação do devedor autorizaria a utilização do rito da ação monitória, na medida em que expressaria um certo reconhecimento da dívida¹⁸⁵.

Documentos formados unilateralmente pelo credor, ao que penso, não teriam a eficácia de destravar o rito monitório. Excepcionalmente, contudo, o STJ já admitiu a utilização da via monitória a partir de documento de produção

¹⁸⁵ Nesse sentido, precedente do TRF 1ª Região, no julgamento da Apelação Civil – AC 200138000317330 – Rel. Des. João Batista Moreira - DJ 17/03/2003 , p.217:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PROVA INSUFICIENTE.

1. Pedido de solicitação de cartão de consultas médico-odontológicas, demonstrativo de gastos realizados com paciente em hospital e carta informativa de débito, não constituem prova capaz de orientar o processamento de ação monitória, eis que se tratam de documentos unilaterais, sem assinatura do suposto devedor se responsabilizando pelas despesas hospitalares.

2. ‘Não há como instaurar procedimento monitório com base em demonstrativo ou extrato unilateral de débito, não se podendo caracterizar tal documento como prova hábil a tal procedimento (RJTAMG 67/321)’ (Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, 22ª Edição, p. 900).

3. Apelação improvida.”

unilateral do credor, quando a obrigação nele consubstanciada for decorrente de lei¹⁸⁶.

Situação peculiar, igualmente, é a dos contratos de crédito rotativo (*v.g.* cheque-especial), em que o STJ sumulou, no enunciado 247, o entendimento segundo o qual o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, é documento hábil para o ajuizamento da ação monitória¹⁸⁷. No caso, tem-se um documento de produção bilateral, em que existe a participação do devedor, notadamente o contrato de abertura de crédito, e um documento de emissão unilateral, que são os extratos de conta corrente, por meio do qual se apura o *quantum debeatur*.

É importante observar que a restrição probatória no procedimento monitório projeta-se sobre o autor, que necessita apresentar prova literal da obrigação que pretende exigir por meio do processo. Ao réu, por sua vez, incumbe o ônus de desconstituir a prova literal apresentada pelo autor, sendo-

¹⁸⁶ “DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA. LEGITIMIDADE. CONTRIBUINTE. PROPRIETÁRIO RURAL COM OU SEM EMPREGADOS. AÇÃO MONITÓRIA. ‘PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO’ (ART. 1102, ‘A’, DO CPC). GUIAS DE RECOLHIMENTO. SUFICIÊNCIA.

1. A Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade para a cobrança da contribuição sindical rural. Precedentes da Primeira Turma.

2. O sujeito passivo da contribuição em debate não é apenas o empregador rural, mas também o proprietário rural que se dedica à atividade agrícola ainda que sem empregados (art. 1º, II, ‘b’, do Decreto-lei n.º 1.166/71).

3. A ação monitória é processo de cognição sumária que tem por objetivo abreviar a formação do título exequendo e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional. O art. 1.102 do Código de Ritos faculta a utilização do procedimento injuntivo ao credor que possua prova escrita do débito, documento sem força de título executivo, mas merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

4. Tratando-se de obrigação *ex vi legis*, as guias de recolhimento da contribuição sindical enquadram-se no conceito de ‘prova escrita sem eficácia de título executivo’ (art. 1.102, ‘a’, do Código de Ritos), sendo suficientes à propositura da ação monitória.

5. Recurso especial provido.” (REsp 660463. Ministro CASTRO MEIRA. DJ 16.05.2005, p. 315).

¹⁸⁷ “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória” - Súmula n. 247-STJ

lhe dada, pois, utilização de qualquer meio de prova lícito para se contrapor ao pleito injuntório¹⁸⁸.

As limitações probatórias decorrentes de rito, desde que se projetem sobre a ação de prova do autor, não ofendem o modelo constitucional de processo. Tais providências de limitação à atividade cognitiva do juiz têm por fim viabilizar a utilização de ritos processuais mais céleres, os quais teriam o condão de dar vazão ao mandamento constitucional de efetividade do processo. Assim, antes de se contrapor ao modelo constitucional de processo, realizam-no.

Tais limitações probatórias somente poderiam ser reputadas inconstitucionais acaso acontecesse uma de duas situações:

(a) se projetassem sobre o réu, pois equivaleriam a injustificada restrição do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório; ou

(b) se não reservassem a possibilidade de o autor fazer uso do rito ordinário, de cognição plena e exauriente, na impossibilidade de dispor dos meios de prova exigidos para o uso dos ritos especiais, pois violaria o direito de acesso ao Judiciário como um meio eficaz de solução de conflitos.

7.3 PROVAS ILÍCITAS

O sistema processual prevê limitação probatória, também, no que concerne às provas ilícitas (art. 5º, LVI da CF), que são vedadas no processo e, portanto, desprovidas de valor probatório. Assim, uma prova ilícita que

¹⁸⁸ “Ação monitoria. Embargos. Ônus da prova pericial. Art. 33 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte.

1. Nos embargos ajuizados em ação monitoria, o ônus para desconstituir a prova apresentada pelo autor do pedido é do embargante, cabendo-lhe, portanto, antecipar os honorários do perito, prova técnica necessária a comprovar as alegações que apresenta.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 585482. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. DJ 17.12.2004, p. 530).

porventura venha a ser integrada aos autos de determinado processo não poderá ser levada em consideração pelo magistrado para a formação do seu convencimento, não podendo ser utilizada como *justificativa racional* para as suas conclusões quanto à verdade das alegações. E mais, a prova ilícita deverá ser desentranhada do processo, de modo a se inviabilizar seu aproveitamento para qualquer fim.

A proibição ao uso das provas ilícitas tem sua força motriz na necessidade de se demover os organismos de investigação da tentação de utilizar-se de meios vedados pelo ordenamento jurídico para obter provas, por vezes, de modo mais criminoso do que o próprio ilícito objeto de investigação. Trata-se, pois, de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana a compor o modelo constitucional de processo¹⁸⁹.

A prova ilícita deve ficar excluída, pois, não apenas da valoração judicial como também dos autos do próprio processo. Afinal, as provas ilícitas são moralmente ilegítimas, de modo que, na própria dicção do CPC, não são “hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332).

A ilicitude sobre uma prova pode se caracterizar em dois momentos diferentes, em função do que essa ilicitude vai ser caracterizada como ilicitude material ou ilicitude formal.

Assim, a ilicitude pode ser conata à própria prova, quando o vício que ofende a ordem jurídica se configura logo no momento de obtenção do meio de prova. É o que acontece, por exemplo, quando se faz uma escuta telefônica sem autorização judicial, ou quando se obtém um documento violando-se a correspondência de terceiro. No momento em que está sendo obtido o meio de prova, também está sendo cometido um ato ilícito, que macula o meio de prova

¹⁸⁹ “O art. 5º, LVI, da CF, ao tornar inadmissível a prova ilícita, impôs uma *limitação política* à busca da verdade real. Afinal, como já afirmou o processualista colombiano Hernando Devís Echandia, o processo não é uma *guerra* em que os fins justificam os meios, mas um mecanismo civilizado de distribuição de justiça” (CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica – breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. *Revista de Processo*, n. 118, novembro – dezembro de 2004, p. 147).

originado com aquela conduta irregular. Nesses casos, estaremos diante de uma ilicitude material da prova¹⁹⁰.

Essa ilicitude conata à prova, sempre permanecerá com ela, ainda que a pessoa que pretenda fazer uso da prova não tenha praticado, participado ou endossado qualquer ato ilícito para sua obtenção¹⁹¹.

Pode acontecer, contudo, que a prova obtida legitimamente venha posteriormente a ser produzida no processo de forma irregular, em desacordo com as normas pertinentes para o seu encarte nos autos. Teremos assim um meio de prova que não obstante veicule uma prova que foi obtida licitamente,

¹⁹⁰ Ada Grinover discorre sobre o assunto, identificando a ilicitude material e a ilegitimidade, como espécies do gênero prova ilegal: “a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. (...) Vê-se daí que a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz em dois planos. No primeiro enfoque, a distinção diz com a natureza da norma infringida ou violada: sendo esta de caráter material, a prova será ilícita; sendo de caráter processual, a prova está ilegítima. No segundo plano, a distinção é estabelecida quanto ao momento em que se dá a violação, isso porque a prova será ilícita infringido, portanto, norma material, quando for ‘colhida’ de forma que transgrida regra posta pelo direito material; será, ao contrário, ilegítima, infringindo norma de caráter processual, quando for ‘produzida’ no processo em violação à regra processual.” (GRINOVER, Ada. *Provas ilícitas*, p. 170-171, *apud* TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, n. 91, julho – setembro de 1998, p. 103)

¹⁹¹ “Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.” (RE 251.445, Rel. Min.Celso de Mello, DJ 03/08/00, p. 68)

foi trazido aos autos de modo ilegítimo, o que termina por comprometer a sua eficácia probatória. Trata-se da ilicitude formal da prova (ilegitimidade)¹⁹².

Temos, pois, que a ilicitude material é aquela que se estabelece no momento da obtenção da prova, ao passo que a ilicitude formal, ou ilegitimidade, é a que se perfaz quando da produção da prova em juízo. Um mesmo meio de prova pode ser maculado por uma ou por outra espécie de ilicitude, ou até por ambas. Mas bastará uma delas para retirar-se o valor probatório.

7.3.1 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A partir da idéia da prova ilícita foi desenvolvida a teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’ (*fruits of the poisonous tree*), também chamada de ‘prova ilícita por derivação’. De acordo com esta teoria, todas as provas que sejam decorrentes de uma prova ilícita também estão contaminadas com a ilicitude proveniente de sua fonte.

¹⁹² O entendimento jurisprudencial, contudo, tem flexibilizado as regras sobre a produção formal das provas, dando prevalência ao mandamento da tutela jurisdicional adequada, sempre que o descumprimento da regra de ritualística processual não gere ofensa aos postulados da ampla defesa e do contraditório, conforme se vê do julgamento do TRF da 5ª Região, na Apelação Cível do Processo 2002.05.00.019497-1, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho (substituto). DJ 11/02/2003 – p. 600:

“Civil e processual civil. Ação consignatória. Sistema financeiro da habitação. Plano de equivalência salarial. Falta de apresentação com a inicial de demonstrativo indicando o valor da obrigação e da relação prestação/renda do mutuário. Indeferimento da inicial. Questão a ser objeto da prova produzida nos autos. Nulidade da sentença. Procedência do apelo.

I. A jurisprudência tem dado interpretação restritiva aos dispositivos legais que estabelecem requisitos para a propositura da ação, privilegiando o direito à adequada tutela judicial e o acesso à justiça.

II. o consignante não está obrigado a apresentar junto com a inicial todos os documentos que comprovam suas alegações, mas somente a apresentar o fato e fundamentos do seu direito, conforme o estatuído no art. 282, III, do CPC.

III. os documentos que amparam a pretensão deduzida podem ser trazidos aos autos durante a instrução probatória.

IV. apelo provido.”

O conteúdo da teoria justifica o nome que ela obteve no direito americano de *fruits of the poisonous tree*, isto é, frutos da árvore envenenada. É que se a árvore, que representa figurativamente a prova originária, está viciada em decorrência de sua ilicitude, todos os frutos por ela produzidos, que são as provas derivadas obtidas em decorrência daquela prova ilícita, também ficam contaminados pelo vício de ilicitude.

Assim, se a partir de uma escuta telefônica ilícita, porque realizada sem autorização judicial, é descoberta a localização de documentos comprobatórios do fato probando, a ilicitude que vicia a escuta telefônica se projetará sobre os documentos, tornando-os, igualmente, desprovidos de valor probatório.

Trata-se de expressão da idéia de que de um ato ilícito não podem derivar efeitos lícitos para aquele que comete a ilicitude.

O STF, apesar de aceitar a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no ordenamento pátrio¹⁹³, tem lhe dado interpretação restritiva, de modo que somente as prova que decorrerem única e exclusivamente de outra prova ilícita é que serão consideradas ilícitas por derivação. Se a prova derivada não decorre unicamente da prova ilícita, mas também de outros elementos de provas que não aquele viciado pela ilicitude, o vício não atingirá as provas derivadas, pois elas poderiam ter sido obtidas mesmo que a prova ilícita nunca houvesse sido produzida¹⁹⁴.

¹⁹³ Vários acórdãos têm analisado a incidência no direito pátrio da teoria dos frutos da árvore envenenada. As decisões tem sido em geral obtidas por pequena maioria no sentido a aplicabilidade da tese ao direito pátrio (HC 69912, HC 73351 e HC 72588).

¹⁹⁴ “As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.” (HC 72.588, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/00). No mesmo sentido: HC 81.993, DJ 02/08/02. e “Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo. Não há violação ao direito à privacidade quando ocorre apreensão de droga e prisão em flagrante de traficante. Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos.” (HC 76.203, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/11/00). “Por fim, a jurisprudência da Corte é pacífica ao afirmar que não se anula condenação se a sentença condenatória não se apóia apenas na prova considerada ilícita. Nesse sentido o decidido no HC 75.611/SP e no HC 82.139/BA (...).” (AI 503.617- AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/03/05, p. 30).

7.3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proibição constitucional para a utilização de prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI), em algumas situações, pode ensejar ao julgador a necessidade de ponderação de valores que se coloquem em conflito, no caso concreto.

É certo que apesar de ter a Constituição proibido a utilização, no processo, de provas ilicitamente obtidas, ela própria também consagrou outros valores que devem ser igualmente protegidos pelo Estado.

Vejamos, por exemplo, a hipótese em que, por meio de escuta telefônica clandestina se obtenha prova da violência sexual perpetrada por pai contra filha menor impúbere que estava sob sua guarda. A mãe da menor, tomando conhecimento da atrocidade cometida pelo pai, busca em juízo obter a guarda da criança, mas ao final da instrução processual o juiz verifica a existência de prova frustrada. Com exceção da gravação telefônica obtida ilicitamente, nenhuma outra prova foi hábil a demonstrar a violência sexual perpetrada pelo pai. O que fazer então? Seria admissível que o juiz julgasse o pedido da mãe da menor improcedente em virtude da ausência de prova, tendo em vista que deveria aplicar a regra do artigo 333 do CPC? Parece-nos que não.

Em casos extremos como esse, a proibição à prova ilícita deve ser vista *cum grano salis*. A doutrina, em geral, tem apontado a aplicação da regra da proporcionalidade como mecanismo de teoria do Direito adequado para a superação do problema, de modo a se admitir, pontual e excepcionalmente, a prova obtida ilicitamente¹⁹⁵.

Assim, caberia ao juiz cotejar os princípios que se colocam em confronto no caso concreto, como, no exemplo, o direito de privacidade do pai da criança e o direito à dignidade e respeito do ser humano. Sopesando esses valores contrapostos na situação concreta, de acordo com as máximas parciais da

¹⁹⁵ Ver, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, n.205, julho – setembro de 1996, p.11-22.

proporcionalidade, o juiz chegaria à decisão justa, preservando o núcleo essencial dos valores constitucionalmente consagrados, que seriam identificados em cada situação concreta.

A regra da proporcionalidade é composta de três máximas parciais, que determinam o seu conteúdo. São elas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Vejamos cada uma dessas máximas parciais.

(a) *Adequação ou conformidade* – esta regra parcial demanda, de seu aplicador, a investigação e a prova da aptidão e da conformidade da medida pretendida para os fins que motivam sua adoção, ou seja, consiste na verificação de se a medida escolhida dentro do faticamente possível é adequada para atingir o fim que postula.

(b) *Necessidade ou exigibilidade* – vincula a idéia de que a medida adotada deve trazer a menor desvantagem possível para quem sofre os seus efeitos. É a necessidade de se demonstrar que, para se alcançar determinado fim, não se poderia usar outro meio menos oneroso, que cause menor restrição ao princípio contraposto que venha a ser mitigado.

Canotilho cita, ainda, elementos “conducentes a uma maior operacionalidade prática” da máxima parcial da necessidade¹⁹⁶. Temos, assim, a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o menos gravoso possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; a *exigibilidade espacial*, que “aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção”¹⁹⁷; a *exigibilidade temporal*, que “pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público”¹⁹⁸ e a *exigibilidade pessoal* que “significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

Em síntese, a máxima parcial da necessidade consiste na determinação de qual, dentre os vários meios eficazes para gerar o resultado desejado, deve ser adotado de modo que menor gravame cause à pessoa que irá sofrer a medida.

(c) *Proporcionalidade em sentido estrito* – é aplicada após a verificação da adequação e da necessidade e corresponde à análise quanto à “justa medida” da decisão. Trata-se de um juízo de ponderação dos valores postos em tablado, no caso concreto, quanto aos resultados obtidos em virtude da carga restritiva consubstanciada na medida adotada.

Assim, importante se faz equacionar os valores em jogo de modo a, pesando as vantagens do fim e as desvantagens do meio, saber se a medida escolhida pela aplicação das duas máximas parciais anteriores é realmente vantajosa.

Raquel Stumm, reportando-se ao ensinamento de Alexy, ensina que a lei da ponderação pode ser expressa pelo enunciado de que *quanto maior o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro*.²⁰⁰

Destarte, atendendo a essas três máximas parciais, estará o aplicador do Direito fazendo uso da regra da proporcionalidade, que deve ser, sempre, utilizada como meio de otimização do respeito a todos os princípios fundamentais, em situação de conflito²⁰¹.

²⁰⁰ STUMM, Raquel Diniz. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 81.

²⁰¹ Lúcio Grassi de Gouveia, tratando exatamente do exemplo antes citado, afirma que ao aplicar a proporcionalidade para a solução do caso, deverá o juiz indagar: “a) há justificativa para a limitação do direito de privacidade do pai da criança em favor da manutenção do direito à dignidade e respeito do ser humano em formação, ambos princípios assegurados pela Constituição Federal brasileira? b) tal escolha é indispensável (já que poderia haver outras alternativas que garantissem a manutenção do referido direito do menor e que fossem menos gravosas evitando sacrifícios indispensáveis)? c) há equilíbrio entre vantagens e prejuízos, ou seja, os meios eleitos guardam relação de razoabilidade com o resultado perseguido, ou seja, a garantia do direito do menor?” (GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 7, outubro de 2003, p. 53).

Contudo, o STF já decidiu, embora com reserva de alguns de seus membros, que não pode haver a flexibilização da proibição de provas ilícitas pelo magistrado, salvo, excepcionalmente, quando tal valoração se dá previamente à obtenção da prova que, então, deixa de ser ilícita, por estar acobertada de prévia autorização judicial:

Objecção de princípio — em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal — à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal — pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte — salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/03, p. 92)

E, no mesmo sentido:

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade — à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira — para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/01, p. 26)

Tem-se, portanto, que a proibição à produção de provas ilícitas não é absoluta, devendo ser admitida, em caráter excepcional, nas hipóteses em que os bens jurídicos contrapostos no caso concreto justifiquem, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a flexibilização da referida restrição constitucional.

8 PROVA “EMPRESTADA” E O DIREITO AO CONTRADITÓRIO

Neste capítulo analisaremos, sempre sob a ótica do modelo constitucional de processo, a utilização da chamada prova emprestada.

8.1 CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA

Prova emprestada é a denominação que se dá ao substrato material decorrente da produção de um meio de prova em um processo e que se pretende utilizar em outro, isto é, o transporte da produção probatória de um processo para outro. Diz-se emprestada porque a prova não é do processo em que se pretende utilizá-la, mas do outro em que foi produzida. Assim, aproveita-se a produção probatória de um processo em outro.

Não se considera prova emprestada, contudo, a cópia de documento constante de um processo que é transladada para outro, pois a juntada de documento nos autos de destino, mesmo que de cópia extraída de outro processo, é autêntica produção de prova documental e não prova empresta, valendo por si e não como prova proveniente de outro processo. Assim é que Cândido Rangel Dinamarco afirma que “só as provas *constituídas no processo* são suscetíveis de autêntico empréstimo, a saber, a oral, a pericial e a inspeção judicial”²⁰²

Também não se consideram provas emprestadas aquelas que, apesar de constituídas em outro processo, foram produzidas com a finalidade específica de gerar efeitos no processo de destino. É esse o caso das provas decorrentes de cautelar de produção antecipada de prova (*ad perpetuam rei memoriam*) e nos procedimentos de justificação judicial.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 97.

8.2 O VALOR DA PROVA EMPRESTADA

A questão que se coloca em relação ao tema é a da admissibilidade da prova emprestada, no sentido de a ela ser atribuído valor probatório.

De início, poderíamos ter duas impressões completamente opostas. A primeira no sentido de que se a prova já foi utilizada em um processo terminado por julgamento, ela deveria ter grande força, pois já fora julgada como válida pelo Judiciário. A segunda impressão, em sentido diametralmente oposto, colocando em evidência que a prova deve ser colhida diretamente pelo juiz que irá julgar a causa, pelo que à prova emprestada não deve ser atribuído qualquer valor probatório.

Como em quase tudo dentro do direito, posições extremadas como essas terminam por não prevalecer.

De fato, não se exige muito esforço para se considerar que o simples fato de a prova ter sido reconhecida como hábil, em um determinado processo, para a verificação da verdade de uma determinada alegação, não deverá necessariamente ser considerada, por outro juiz, como útil para a prova de outra alegação. Não se olvide, ainda, a possibilidade de a prova ter sido produzida em processo anterior, por força de combinação entre partes, com o fito de formar uma prova enganosa, destinada a servir no processo atual.

Também não parece certo se afastar a eficácia probatória da prova emprestada pelo simples fato de não ter sido colhida diretamente pelo juiz da causa. Embora o princípio da imediação, que expressa a idéia da produção da prova diretamente pelo magistrado que irá julgar o processo, esteja previsto em nosso ordenamento, não se trata de princípio fundamental e nem de regra absoluta. Antes disso, é um “princípio” formado por um mecanismo de indução

a partir de generalização de norma constante do Código de Processo Civil (art. 132)²⁰³.

Basta lembrar que no processo trabalhista e no processo penal não vigora a exigência de identidade física entre o juiz que realiza a instrução e o juiz que profere o julgamento de mérito da causa. De mais a mais, o próprio CPC prevê exceções a regra geral do art. 132²⁰⁴, como é o caso das provas de “fora da terra”, isto é, aquelas que são colhidas por juiz deprecado ou rogado, sem perder, por isso, qualquer eficácia probatória.

Outrossim, os princípios da imediação e da identidade física se projetam apenas sobre as provas produzidas em audiências. De fato, consta do artigo 132 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei 8.637/93: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência, julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao sucessor”.

Como apenas as provas de natureza oral são colhidas em audiência, tem-se que apenas a elas se refere o princípio da identidade física do juiz. Desta forma, as provas de natureza escrita não são afetadas pela regra da identidade física. Outrossim, conforme já observado, nem mesmo para as provas de natureza oral esse princípio se projeta de forma absoluta, como acontece com as provas produzidas por meio de precatória.

Observe-se, ainda, que a alteração legislativa de 1993, ao dar ao artigo 132 sua redação atual, diminuiu a exigência de identidade física do juiz, que antes exigia que a causa fosse julgada por aquele que houvesse iniciado a

²⁰³ A palavra princípio pode ser utilizada em várias acepções (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 228-231), pelo que se deve distinguir os princípios que decorrem de normas constitucionais dos princípios formados a partir da generalização de regras infraconstitucionais. Os primeiros são valores que devem ser buscados pelo ordenamento jurídico, possuindo força normativa própria, como é o caso do devido processo legal. Os últimos não têm força normativa em si, mas meramente decorre das próprias regras que deram ensejo à generalização e, portanto, ao princípio.

²⁰⁴ “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

audiência e atualmente estabelece apenas que o julgamento se dê por aquele juiz que houver concluído a audiência.

No sentido da inexistência de aplicação absoluta do princípio da identidade física do juiz, devemos observar, ainda, que o CPC admite o aproveitamento das provas, inclusive das orais, produzidas por juiz incompetente, na hipótese de anulação do processo. (art. 113, §2º).

A questão do valor probatório da prova emprestada dependerá, assim, da aferição em cada caso concreto, a partir de elementos como a sua forma de apresentação, o fato *probandum*, a natureza do processo, dentre outros²⁰⁵.

Exatamente em função dessa possibilidade de o magistrado do processo de destino valorar livremente a prova é que ela se torna admissível em face do princípio do juiz natural. Se o magistrado estivesse vinculado ao juízo de valor realizado no processo de origem, haveria ofensa ao princípio do juiz natural, à medida que a competência para processar e julgar o caso, ao menos no que se refere à importante parcela de valoração da prova, estaria sendo subtraída do juiz do processo de destino e atribuída ao juiz do processo de origem.

8.3 CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE

Antes de se valorar a prova emprestada, cabe ao juiz decidir quanto à sua admissão no processo. Nesse tocante, algumas considerações merecem ser feitas, de modo a que encontremos critérios seguros para a admissão da prova emprestada no processo civil, garantindo-se os direitos fundamentais.

²⁰⁵ “O juiz, ao apreciar as provas poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo.” (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, n. 91, julho – setembro de 1998, p. 94)

a) Dificuldade de nova produção da prova

O primeiro critério que deve servir para orientar a admissibilidade da prova emprestada é o da dificuldade da produção da prova. A regra é que as provas sejam colhidas dentro de cada processo no qual serão utilizadas, sendo o emprego de prova emprestada uma exceção, que se justifica, para alguns, em função da economia processual e, para outros, em razão da dificuldade de reprodução da prova emprestada no novo processo.

É certo que a economia processual desenvolve importante papel na definição das formulas processuais. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que o local apropriado para a produção de provas é, em regra, o processo a que ela se destina, em que as partes têm possibilidade de desenvolver seu contraditório em toda medida, já que perfeitamente cientes dos riscos e das conseqüências processuais e materiais de suas ações, tendo em vista que a instrução processual se faz orientada pela própria finalidade do processo, que é solver a controvérsia posta nos termos do pedido inicial.

Assim, para que o juiz admita a prova emprestada em um determinado processo deve ele sopesar a dificuldade da repetição da prova em sua sede própria, que seria o processo de destino. Quanto maior for a dificuldade de repetição da prova, mais justificado estará o uso da prova emprestada.

Nesse sentido, observa Cândido Rangel Dinamarco:

O valor da prova emprestada mede-se, em tese, pela razão inversa da possibilidade de sua reprodução (Amaral Santos), o que implica reafirmar a excepcionalidade dos empréstimos de prova: só se deve importar a prova realizada em outro processo quando a nova produção da prova seja impossível ou particularmente difícil (inclusive, por depender de custos muito elevados)²⁰⁶

Trata-se de um verdadeiro juízo de proporcionalidade, que deve seguir os seus três princípios parciais da proporcionalidade (adequação, necessidade

²⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V. III. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 99.

e proporcionalidade em sentido estrito), conforme visto quando tratamos de prova ilícitas.

b) Submissão da prova ao contraditório no processo de origem

Mas não é só a dificuldade de repetição da prova que autorizará sua admissão como prova emprestada. Também se faz necessário que ela tenha sido produzida no processo de origem sobre o crivo do contraditório²⁰⁷. Com efeito, o direito ao contraditório é uma das garantidas fundamentais decorrentes do modelo constitucional de processo e se projeta por todo o sistema processual, impondo que os litigantes tenham ampla possibilidade de intervir nos atos processuais que lhe possam ser desfavoráveis.

Se a parte contra quem é usada a prova emprestada não teve a possibilidade de intervir na produção da prova no processo de origem, quer porque não era parte²⁰⁸, quer porque sendo parte optou por ser revel, não se poderá admitir a prova emprestada. Veja-se que a preservação do contraditório, em relação ao processo de origem, projeta-se sobre a parte que

²⁰⁷ “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - PROVA EMPRESTADA - VALOR PROBANTE PLENO - DANO MORAL CARACTERIZADO - QUANTUM ADEQUADO - VERBA HONORÁRIA - FIXADA EM CONSONÂNCIA COM DISPOSIÇÃO LEGAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. **“É cediço que prova emprestada é plenamente aceita no processo civil, pois, sendo produzida entre as mesmas partes, idêntico o fato probando e, cumpridas as formalidades instituídas em lei, tem a mesma eficácia da prova produzida nestes autos.”** (ACV n. 99.005038-6, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento). O dano moral, ensejador do direito à indenização, pode decorrer da ofensa à honra, de exposição indevida da imagem, do nome e de violação da privacidade do indivíduo. O artigo 20, § 3º, alíneas 'a' a 'c', do CPC, estabelece critérios a serem observados pelo juiz na fixação honorários advocatícios, permitindo que dentro de um campo de atuação possa arbitrar o percentual adequado.” (TJSC - Apelação cível 02.019790-0 – Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento - Data da Decisão: 04/06/2004)

²⁰⁸ Nelson Nery Júnior observa: “A condição mais importante para que se de validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja conseqüência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizada entre terceiros é *res inter alios* e não produzi nenhum efeito senão para aquelas partes.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 147).

será prejudicada pela prova no processo de destino e não sobre ambas as partes²⁰⁹.

De fato, é direito da parte intervir durante a produção da prova, utilizando-se dos recursos que o Código lhe outorga, em atenção ao princípio constitucional do contraditório. Assim, cabe a parte fazer reperguntas as testemunhas, formular quesitos e pedir esclarecimentos nas perícias etc. Esses atos não serão repetidos no processo de destino, simplesmente porque repeti-los significa produzir a prova novamente no processo de destino e não simplesmente utilizá-la de empréstimo.

Haveria grave ofensa ao princípio do contraditório se a parte pudesse ver contra si utilizada prova da qual não teve oportunidade de intervir na sua produção em juízo²¹⁰.

c) Submissão da prova ao contraditório no processo de destino.

Para que seja admissível a prova emprestada, não basta que a prova tenha sido submetida ao contraditório das partes no processo de origem. É também necessário que ela seja submetida ao contraditório das partes no processo de destino. A utilização da prova emprestada enseja, como visto, uma nova valoração judicial da prova. Se o magistrado vai agora realizar uma nova valoração judicial da prova, nada mais razoável do que possibilitar às partes influir no resultado dessa nova valoração, trazendo à consideração judicial aspectos da peculiaridade do processo de destino e da interpretação que

²⁰⁹ “Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.” (RE 328138 / MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ 17-10-2003, p. 21)

²¹⁰ “É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido no mínimo tão intenso quanto o que haveria no segundo processo.” (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, n. 91, julho – setembro de 1998, p. 97).

entendem adequada para aquele meio de prova em relação ao contexto dos autos²¹¹.

Atendido os requisitos indicados é possível a utilização da prova emprestada, sem que haja ofensa a qualquer dos princípios constitucionais do processo, e com significativo ganho em termos de economia processual²¹².

²¹¹ “PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 168-A DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA. ADMINISTRAÇÃO DE FATO. PROVA EMPRESTADA. DOLO. INEXISTÊNCIA DE PRISÃO POR DÍVIDA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. REDUÇÃO DA PENA-BASE. SANÇÃO PECUNIÁRIA.

(...)

2. Em homenagem à verdade real, não ocorre cerceamento de defesa em face da utilização de prova emprestada produzida sob o crivo do contraditório, em ação envolvendo o mesmo réu, ainda mais quando os elementos trazidos não foram impugnados pela defesa nem são os únicos a embasar a condenação.” (TRF4 - Apelação Criminal no processo 2004.04.01.0442886 – Rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado - DJU 04/05/2005, p. 843).

²¹² “Dentro dos parâmetros antes delineados, é a economia processual, somada à circunstância de que nenhuma garantia constitucional está sendo violada, que autoriza o empréstimo da prova a despeito de inexistir sua previsão genérica no ordenamento. Como observa Couture – exatamente ao analisar a prova emprestada – a admissão de um meio de prova não depende tanto de sua expressa previsão legal quanto de sua consonância com os valores constitucionais.” (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, n. 91, julho – setembro de 1998, p. 110-111).

9 EFEITOS DA REVELIA EM RELAÇÃO À PROVA

Situação interessante em relação à busca da verdade no processo é a que se coloca em face do instituto da revelia. A revelia, que consiste na ausência de apresentação, pelo réu, da peça processual denominada contestação, gera, em regra, efeitos de ordem processual e de ordem material.

Vejam os quais são esses efeitos da revelia, para que possamos identificar quais deles se mostram relevantes para um cotejo com a busca da verdade no processo.

9.1 EFEITOS PROCESSUAIS

Dois são os efeitos processuais da revelia²¹³. O primeiro deles está previsto no artigo 322 do CPC, que estabelece a desnecessidade de o réu revel ser intimado acerca dos futuros atos processuais. Com efeito, dispõe o citado artigo 322 que todos os prazos contra o réu revel correm em cartório, independentemente de intimação nesse sentido.

Desse modo, o termo inicial do prazo para o réu revel impugnar determinada decisão judicial acontece logo que a tal decisão é publicada. Entenda-se, publicada em cartório, isto é, recebido o processo em cartório com a decisão que se pretende impugnar. Não se trata, como pode deixar a entender aos menos avisados, de publicar a decisão no Diário da Justiça - DJ.

A publicação da decisão em órgão oficial é meio de intimação (art. 236), que deve ser utilizado sempre que a comarca disponha de imprensa oficial para esse fim. Não se confunde a publicação no DJ, que é meio de intimação, com o procedimento material de tornar pública uma decisão, o que acontece

²¹³ Ver, por todos: GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

quando o processo sai da esfera restrita do gabinete do juiz e chega ao cartório, onde é possível o seu exame pelas partes e, se o feito não correr sob sigilo, por qualquer do povo (art. 5º, LX da CF; arts. 40 e 155 do CPC; art. 7º da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB).

Além desse primeiro efeito processual da revelia, o Código estabelece um segundo efeito processual, em seu artigo 330, II, que é a possibilidade do julgamento antecipado da lide. Esse segundo efeito processual está diretamente relacionado com o efeito material da revelia, que se verá a seguir.

9.2 EFEITO MATERIAL (REVELIA E PRESUNÇÃO DE VERDADE)

O efeito material da revelia implica uma presunção relativa da veracidade dos fatos alegados pelo autor e está previsto no artigo 319 do CPC. É exatamente em virtude desse efeito material da revelia que se presume a verdade dos fatos alegados pelo autor e que se possibilita a aplicação daquele segundo efeito processual da revelia, consistente no julgamento antecipado da lide. Caberá, então, ao juiz, fazer incidir o direito no caso concreto a partir das alegações formuladas pelo réu na inicial.

A regra do artigo 319, que induz a presunção de veracidade das alegações do autor quando não houver a apresentação de contestação, é um verdadeiro reforço da norma existente no artigo 334, III²¹⁴.

Estabelece o inciso III do artigo 334, que os fatos tidos no processo como incontroversos não dependem de prova. Verifica-se que as duas normas citadas, o artigo 334, III, e o artigo 319, terminam por se completar, uma vez

²¹⁴ A regra do artigo 319 também reforça àquela do inciso II do artigo 334. De acordo com o artigo 334, II, independem de prova as alegações confessadas pela parte. Cumpre observar que, embora o efeito material da revelia reforce a idéia contida no artigo 334, II, o mesmo não se confunde com a confissão. Revelia é uma coisa e confissão é outra. Não se deve falar, pois, em confissão ficta para aludir-se ao efeito material da revelia. Embora sejam institutos distintos, incidindo em diferente momentos processuais, a revelia e confissão terminam por dar ensejo à mesma conseqüência jurídica que é a formação de uma presunção relativa de veracidade em relação às alegações sobre as quais incidem.

que fazem incidir uma presunção relativa de veracidade sobre as alegações das partes que não sejam impugnadas pela parte adversa, quer essa ausência de impugnação seja geral (art. 319), quer seja específica (art.334, III)²¹⁵.

Importante destacar, pois, que a ausência de contestação não gera a procedência da ação, mas apenas a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Cabe ao juiz, à luz dos fatos presumidos, aplicar o direito.

O instituto da revelia realiza o valor constitucional da efetividade do processo, na medida em que busca extirpar do sistema dilações processuais que seriam desnecessárias, ao mesmo tempo em que preserva o valor do contraditório. Por meio da citação, possibilita-se ao réu reagir, após ter ciência do pedido do autor, bem como de seus fundamentos (causa de pedir).

Se o réu, mesmo ciente do conteúdo do processo, opta por dele não participar, o sistema, por meio do instituto da revelia, abrevia o procedimento, suprimindo atos e fases processuais que se tornam desnecessários.

Uma vez operada a revelia, contudo, não poderá o autor inovar no processo sem que se proceda à nova citação do réu, abrindo-lhe nova oportunidade de apresentar contestação (art. 321). Caso o autor pudesse, após a caracterização da revelia, modificar qualquer dos aspectos da lide, haveria injustificada ofensa ao contraditório. O réu, quando citado, tem a oportunidade de apresentar sua defesa ao pedido formulado pelo autor, em face das causas de pedir por ele deduzidas. Assim, quando o réu opta por deixar de contestar determinada demanda, o faz ciente de todas as implicações e sabedor da consequência mais gravosa que de tal conduta lhe poderá advir. Modificado o pedido ou os fundamentos do pedido, existe mudança na situação fática que ensejou a opção do réu pela não contestação.

²¹⁵ A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que o réu também pode se desincumbir do ônus da impugnação específica das alegações do autor por meio de outras peças apresentadas por ocasião da defesa, que não necessariamente a contestação. É o que acontece, por exemplo, com a formulação de reconvenção com fundamento em alegações de fatos incompatíveis com aqueles indicados na inicial.

Portanto, para que seja preservada o seu direito ao contraditório, deverá ser novamente citado para que, ciente das novas circunstâncias da causa, decida como entender melhor para a defesa de seus interesses.

Importa ressaltar que o modelo constitucional de processo, conforme já dissemos atrás, não se compatibiliza com a adoção, pelo sistema processual, de verdades puramente formais, que afastem do magistrado a possibilidade de valorar as provas e analisar as questões fáticas da causa. Posturas nesse sentido seriam incompatíveis com o direito constitucional de acesso ao Judiciário, que garante ao cidadão o direito de receber do Estado uma solução justa e eficaz dos conflitos que lhes são submetidos.

A presunção decorrente da revelia, por ser meramente relativa, não ofende o postulado constitucional de decisão justa, pois que, ao juiz é dado analisar os elementos de prova eventualmente existentes nos autos, formando o seu convencimento quanto às questões de fato²¹⁶.

Com base nessas mesmas premissas, o STJ vem decidindo que a ausência de impugnação aos embargos à execução não autoriza a aplicação do efeito material da revelia, pois o título executivo, requisito do processo de

²¹⁶ Nesse sentido é o julgamento do REsp 329316, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11.11.2002, p. 151:

“Processual Civil. Revelia. Direito Público Indisponível. CPC, Artigos 319 e 320.

(...)

2. A falta de contestação, por si, não significa a procedência ou improcedência do pedido. Demais, o Juiz não fica exonerado de apreciar todas as evidências e provas existentes, orientação que mitiga a aplicação do artigo 319, CPC. Em contrário, ao invés de ajustar a solução ao direito, o desajustaria e *colocaria em risco a realidade dos fatos.*” (grifei)

No mesmo sentido, o TRF 2ª Região, no julgamento da AC – Apelação Cível – 189245, Relator Des. Guilherme Couto, DJU 13-01-2004, p. 117:

“ADMINISTRATIVO. CAUTELAR – PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IBAMA – FAZENDA PÚBLICA E EFEITOS DA REVELIA. Apelo quanto aos honorários. A falta de apresentação de contestação, após a regular citação da autarquia e escoamento do prazo de defesa, não importa em admissão da veracidade dos fatos articulados, aplicando-se a regra do art. 320, II, do CPC, pois indisponíveis os direitos, no caso. Ademais, ainda assim não fosse, a *presunção do art. 319 é relativa, e restaria ilidida ao exame dos documentos existentes nos apensos.* Apelação desprovida.” (grifo nosso)

execução, já é elemento de prova a gerar presunção em favor do exeqüente-embargado, o que impede a presunção decorrente da revelia²¹⁷.

O próprio CPC já prevê, no artigo 320²¹⁸, várias cláusulas de ressalva à aplicação do efeito material da revelia, as quais servem para preservar diversos outros valores que se também desenvolvem relevante papel na sistemática processual.

A primeira das exceções ao efeito material da revelia, constante do artigo 320, refere-se à hipótese em que, havendo pluralidade de réus em um processo, um deles contestar a ação. Essa primeira ressalva ao efeito material da revelia decorre do postulado de racionalidade que se exige do julgador por ocasião da fundamentação das decisões judiciais, que é, de mais a mais, um dos valores que dão conteúdo ao modelo constitucional de processo.

Para ser bem entendida essa exceção à regra do art. 319, temos que ter os olhos voltados para a diferença existente entre litisconsórcio simples e litisconsórcio unitário. No litisconsórcio simples, trata-se, no mesmo processo, várias lides diferentes, cada uma delas consubstanciada em vínculo jurídico próprio, que dá corpo a relações jurídicas de direito material que são perfeitamente individualizáveis e distinguíveis umas das outras.

O que acontece no litisconsórcio simples é que o CPC, tendo em vista a economia processual, autoriza que esse conjunto de lides seja tratado pelo

²¹⁷ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. REVELIA. INOCORRÊNCIA.

1. A não impugnação dos embargos do devedor não induz os efeitos da revelia, pois que, no processo de execução, diferentemente do processo de conhecimento em que se busca a certeza do direito vindicado, o direito do credor encontra-se consubstanciado no próprio título, que se reveste da presunção de veracidade, até porque já anteriormente comprovado, cabendo, assim, ao embargante-executado o ônus quanto à desconstituição da eficácia do título executivo.

2. Recurso improvido.” (REsp 601957. Ministro HAMILTON CARVALHIDO. DJ 14.11.2005, p. 410)

²¹⁸ Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Judiciário em um único processo, sempre que houver similitude entre elas o suficiente que possibilite o aproveitamento dos atos instrutórios e não se comprometa a rápida solução do litígio.

O artigo 46, em seus incisos, fixa as hipóteses em que se presume a existência de similitude suficiente para permitir o processamento conjunto das lides. O parágrafo único do mesmo artigo 46, por sua vez, possibilita ao juiz limitar a quantidade de litisconsortes, e portanto de lides, já que cada litisconsorte tem sua própria relação de direito material com a parte adversa, no caso de ficar evidenciado o comprometimento à rápida solução do litígio ou a dificuldade de defesa.

O litisconsórcio unitário, por sua vez, tem tratamento diferente do litisconsórcio simples, o que não poderia, inclusive, ser diferente. Nos processos em que se dá o litisconsórcio unitário existe apenas uma lide, pois há apenas uma relação de direito material posta em exame no feito. O direito que está sendo objeto do litígio judicial, na hipótese de litisconsórcio unitário, é um direito único, existindo apenas pluralidade de pessoas em cada pólo da relação jurídica de direito material.

Essa característica da relação jurídica de direito material termina se transportando para o processo, exigindo, assim, uma pluralidade de pessoas nos pólos da relação processual. Como o direito controvertido é um só, todos os integrantes de um determinado pólo processual estão vinculados ao mesmo resultado do processo, não sendo possível que alguns tenham a sua pretensão julgada procedente e outros a tenham improcedente.

Dessa forma, quando existe a revelia de um dos litisconsortes passivos unitário, a apresentação de contestação por outro lhe suprirá a falta no que concerne aos efeitos materiais da revelia, impedido que se forme presunção sobre as alegações do autor.

Quando a revelia for de um litisconsórcio passivo simples, a questão deve ser analisada à luz do conteúdo da contestação apresentada. Se na contestação apresentada forem impugnados elementos comuns a ambas as

lides tratadas no processo, a contestação ira aproveitar ao revel. Trata-se de conseqüência natural da assunção do dever de verdade racional no processo. Afinal, não se pode admitir que em um mesmo processo, em face do mesmo contexto probatório, o mesmo juiz entenda que em relação a um dos réus o fato é verdadeiro, por militar em seu desfavor presunção relativa de veracidade, ao passo que em relação a outro o fato não aconteceu, conforme comprovado na instrução.

Concluindo, temos que a impugnação feita pelo réu que contestou é suficiente para gerar controvérsia, pois, obviamente, não poderia o juiz, em um mesmo processo, ter por inexistente determinado fato em relação a um dos litisconsortes passivos (o que contestou) e existente quanto aos outros (revéis).

O artigo 320 do CPC também afasta a aplicação do efeito material da revelia nas hipóteses em que o processo tem por objeto direito material indisponível. Direitos indisponíveis são aqueles de que o seu titular não pode dispor, isto é, não pode renunciá-los ou deixá-los perecer.

Em geral, os direitos são classificados de indisponíveis quando vinculam interesses que afetam toda a sociedade, quer porque o direito é daqueles compartilhados por todos (direitos transindividuais), quer porque o direito em questão, apesar de individual, é um dos pilares da concepção da sociedade em que vivemos, advindo de uma norma de ordem pública.

Portanto, com essa exceção ao instituto da revelia, o legislador privilegiou a segurança da decisão judicial em face da celeridade processual, tendo em vista a relevância dos direitos postos em juízo.

Assim, são considerados indisponíveis, dentre outros, os direitos referentes ao estado da pessoa²¹⁹, os direitos da Administração Pública²²⁰, o direito ao meio ambiente, etc.

²¹⁹ De acordo com José Joaquim Calmon de Passos, as ações de estado são ações não patrimoniais, fundadas num interesse moral. Dizem respeito ou à liberdade ou à nacionalidade, ou à família ou à capacidade civil do sujeito. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 317).

Quando da aplicação da exceção prevista no artigo 320, II, de que ora se trata, é importante não perdemos de vista que um mesmo processo pode vincular direitos disponíveis e direitos indisponíveis, que por vezes estão intimamente relacionados. É o caso, por exemplo, da ação de alimentos, em que existe um direito indisponível que corresponde ao próprio direito de receber alimentos, ao passo em que o direito correspondente ao valor pecuniário que será pago a título de alimentos pode ser considerado disponível, podendo ser livremente acordado pelas partes e até renunciado. Mas, veja-se, o que é renunciável é apenas o valor pecuniário dos alimentos e não o direito aos alimentos em si.

A terceira exceção à aplicação do efeito material da revelia é consequência da preservação, no sistema probatório, daquelas pequenas ilhas de prova legal. Nas hipóteses em que for exigido determinado meio de prova com único hábil pela lei para a prova da existência de determinado fato, não se poderá admitir que a revelia enseje a dispensa do meio de prova legalmente exigido.

Assim, a regra do artigo 320, III, impede a formação da presunção de veracidade sobre a alegação formulada pelo autor, sempre que a lei exigir instrumento público para a prova do ato.

Além das exceções previstas explicitamente no artigo 320, existem outras situações em que não se forma a presunção decorrente da revelia. Para que se forme a presunção de veracidade de que trata o artigo 319, as alegações do autor têm de passar pelo crivo da plausibilidade e verossimilhança. Assim, não deverá o juiz aplicar o artigo 319 quando as alegações do autor afrontarem leis científicas ou consubstanciarem narração de história difícil de acontecer no mundo fenomênico.

²²⁰ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. DIREITO INDISPONÍVEL. ART. 320, II, DO CPC. EFEITOS DA REVELIA. INAPLICABILIDADE.

1. Sendo o crédito tributário caracterizado como direito indisponível, sobretudo diante do preceito inscrito no art. 97 e inciso do CTN, afigura-se inviável aplicar à Fazenda Pública, em sede de ação declaratória de inexistência de débito, os efeitos da revelia.

2. Recurso especial provido.” (REsp 96691. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123). DJ 13.12.2004, p. 269).

O efeito material da revelia também não se aplica nas hipóteses em que a revelia decorrer de citação ficta.

Com efeito, uma vez efetuada a citação do réu, o CPC prevê três posturas que podem ser adotadas. O réu pode deixar de apresentar contestação, ocasião em que se dará a revelia. Pode, também, reconhecer a procedência do pedido, apresentado petição expressa nesse sentido. E, pode igualmente, apresentar contestação, desde que o faça no prazo legalmente estabelecido.

Na hipótese de o réu optar por apresentar contestação, evitando que ocorra a revelia, ele estará vinculado ao ônus da impugnação específica, pelo que deverá contestar cada uma das alegações do autor, uma a uma, sob pena de serem tidas por verdadeiras as alegações não contestadas.

Assim, se o réu deixa de controverter uma determinada alegação do autor, essa alegação fica excluída do objeto da prova²²¹. Poderá acontecer, portanto, que se o réu impugnar algumas alegações e silenciar quanto a outras, aquelas impugnadas dependerão de prova e as não impugnadas estão excluídas do objeto probatório.

Em relação ao réu cuja citação se der de forma ficta, o CPC estabelece exceção à regra da impugnação específica. Realizada a citação do réu de forma ficta (por edital ou por hora certa), caso ele não compareça a juízo para

²²¹ A impugnação das alegações do autor, embora tenha que ser específica, não precisa ser expressa; pode ser extraída do contexto geral da defesa. Nesse sentido é o disposto no artigo 302, III do CPC, que afasta a incontrovérsia de fato que esteja em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Sabe-se que a defesa do réu é formada pela utilização de diversos mecanismos processuais: contestação, exceções de incompetência, suspeição e impedimento. Em certa medida, até pela reconvenção pode se tornar controversa uma alegação. A reconvenção, apesar de não ser tecnicamente uma defesa do réu, está incluída entre as suas respostas ao pedido do autor, situando-se topograficamente no capítulo dedicado a este tema pelo CPC (capítulo II, do título VII, do livro I). Assim tem-se que as respostas do réu devem ser analisadas em seu conjunto, de modo que a negação de uma alegação formulada pelo autor por ocasião da reconvenção será bastante e suficiente para torná-la controvertida.

apresentar contestação, ser-lhe-á dado curador especial (art. 9º)²²², a quem não se aplicará o ônus da impugnação específica (art. 302, parágrafo único)²²³.

Desta forma, ao curador especial do réu revel citado por edital é possível apresentar contestação em nome do revel, utilizando-se da chamada negação geral. Bastará ao curador dizer que nega, de forma genérica, as alegações da inicial, para que as mesmas se tornem controvertidas.

Se o ônus da impugnação específica não fosse excepcionado, de nada adiantaria a nomeação de curador especial. Não tendo o curador especial, de regra, qualquer conhecimento sobre os fatos que envolvem a lide ou até mesmo sobre a pessoa do réu, não teria ele meios materiais de elaborar uma defesa impugnando especificadamente todos os fatos alegados pelo autor.

9.3 CONTRADITÓRIO DO RÉU REVEL

A existência de revelia não induz a automática procedência do pedido do autor. Com efeito, mesmo acontecendo revelia, o juiz permanece livre para analisar a aplicação do direito sobre os fatos da causa. Desse modo, não estará o juiz obrigado a aplicar ao caso sob seu exame as consequências jurídicas previstas e requeridas pelo autor na inicial.

O juiz não está, sequer, obrigado a aceitar como verdadeira a alegação do autor quanto aos fatos que envolvem a causa. É que a presunção que se forma é relativa e não absoluta. Assim, além dos casos já indicados, em que não se forma a presunção de veracidade, pode acontecer que mesmo formada a presunção de veracidade venha ela a ser afastada em virtude da produção de contraprova da alegação pelo réu.

²²² Também será dado curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses destes colidirem com os daquele (art. 9º, I) e ao réu preso (art. 9º, II).

²²³ O ônus da impugnação específica, conforme artigo 302, parágrafo único, também não se aplica ao advogado dativo e ao órgão do ministério público.

É que o réu, mesmo quando for revel, pode comparecer ao processo a qualquer momento, recebendo-o, contudo, no estado em que se encontra (art. 322). Isso significa que o processo não retroagirá para que o réu possa participar dos atos processuais que já estão findos e acabados. Os atos processuais já praticados são válidos da maneira como foram realizados, ainda que sem a participação do réu.

Não se quer com isso dizer que o réu não pode alegar a nulidade dos atos processuais passados. Poderá sim fazê-lo, desde que ainda não operada a preclusão, mas essa alegação de nulidade não poderá ter como fundamento a ofensa ao direito do réu de participar de todos os atos processuais.

Ingressando no processo, o revel passa a atuar em todos os atos processuais futuros e poderá exercer com plenitude o seu direito ao contraditório em relação a esses atos.

O advogado do revel terá direito, por exemplo, a ser intimado de todos os atos futuros²²⁴ e de fazer carga dos autos. O revel poderá produzir provas, a critério do juiz, desde que tenham por objeto os fatos alegados na inicial, já que

²²⁴ “PROCESSO CIVIL – RÉU REVEL – INTERVENÇÃO NO PROCESSO – INTIMAÇÃO – PRECEDENTES.

Da revelia resultam duas conseqüências, uma de natureza material – a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor - e outra de cunho processual - a dispensa de intimação do réu para os atos subseqüentes. Mas não fica o réu proibido de intervir no processo. Só que o recebe no estado em que se encontra (CPC, art. 322, parte final). Comparecendo aos autos, através de advogado devidamente constituído, a partir daí adquire o direito de ser intimado de todos os atos subseqüentes, inclusive, a toda evidência, da sentença. Recurso conhecido e provido. (RESP 238229 / RJ - Ministro CASTRO FILHO - DJ 16.09.2002, p. 180).

não tendo apresentado contestação, não pode inovar no feito deduzindo de forma extemporânea suas teses de defesa²²⁵.

²²⁵ “PROCESSO CIVIL. REVELIA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. REQUERIMENTO DE PROVAS PELO RÉU REVEL. POSSIBILIDADE. LIMITES. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL. CPC, ARTS. 322, 319, 320 E 330. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial, em caso de revelia, é relativa, devendo o juiz atentar para a presença ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais e para a prova de existência dos fatos da causa. Desse modo, pode extinguir o feito sem julgamento de mérito ou mesmo concluir pela improcedência do pedido, a despeito de ocorrida a revelia.

II - A produção de provas visa à formação da convicção do julgador acerca da existência dos fatos controvertidos, conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos, segundo o qual ‘a questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em conseqüência, a prova visa, como fim último, inculir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado’ (Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I, 2a ed., São Paulo: Max Limonad, 1952, nº 5, p. 15).

III - Comparecendo antes de iniciada a fase probatória, incumbe ao julgador sopesar a sua intervenção e a pertinência da produção das provas, visando a evidenciar a existência dos fatos da causa, não se limitando a julgar procedente o pedido somente como efeito da revelia.

IV - A produção de provas requeridas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial.

(...).” (RESP 211851 / SP - Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - DJ 13.09.1999, p. 71).

CONCLUSÕES

1. A cláusula do devido processo legal, consagrado pela constituição federal de 1988, representa um conjunto de valores, indicados pelo próprio texto constitucional, que dão forma e conteúdo ao modelo constitucional de processo.

2. Os valores que integram o modelo constitucional de processo são normas jurídicas da espécie princípio, dotada de força jurídica e diferenciadas das regras em virtude de sua estrutura lógica, caracterizando-se, ainda, como autênticos direitos fundamentais, sendo densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

3. Os direitos fundamentais têm força normativa imediata, tornando sua observância obrigatória desde a sua positivação no ordenamento.

a. Os direitos fundamentais de segunda geração, correspondentes a uma prestação estatal, sujeitam-se à cláusula da reserva do possível, mas também possuem eficácia imediata, revogando normas anteriores e com eles incompatíveis e servido de parâmetro de controle de constitucionalidade e como guia interpretativo.

b. A norma de direito fundamental, ao comandar a realização de um valor, qualifica inúmeras condutas como permitidas, obrigatórias ou proibidas, prescrevendo-as como meios adequados à realização do fim que consagra.

4. O processo é o mecanismo de solução de conflitos por excelência em um Estado Democrático de Direito, em que o uso arbitrário da força, quer seja implementado pelo particular, quer pelo Estado, é vedado.

5. O uso do processo como mecanismo de solução de conflitos deve viabilizar aos cidadãos a obtenção de uma justa decisão da lide, de modo a outorgar à parte tudo aquilo e exatamente aquilo que ela tenha direito.

a. A estrutura das regras jurídicas, composta por uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, demanda uma verificação da verdade

das alegações de fato como requisito necessário para a correta aplicação do direito ao caso concreto e, portanto, para a obtenção de uma decisão justa.

b. A necessidade de verificação dos fatos para a correta aplicação das regras jurídicas determina a opção por um sistema processual que tenha a busca da verdade como algo pressuposto ao escopo do processo de propiciar decisões justas.

6. Os valores constitucionais do processo, condicionam a busca da verdade, estando em constante limitação recíproca, por meio da regra da ponderação.

a. A leitura das normas infraconstitucionais acerca da prova deve ser feita à luz desse modelo constitucional de processo, na medida em que são verdadeiros instrumentos de concretização da carga axiológica da Constituição.

7. Fazem parte do modelo constitucional de processo relacionado à prova:

a. o direito de acesso ao Judiciário e a efetividade do processo, que comandam a implementação de decisões judiciais justas e em prazo adequado;

b. o direito à ampla defesa e ao contraditório, que atuam em sinergia indicando a possibilidade de ciência dos atos processuais e a plena possibilidade de participação das partes no processo;

c. a fundamentação das decisões judiciais, que obriga à justificação racional, pelo juiz, acerca das razões pelas quais entende verdadeiras as alegações de fato reconhecidas em suas decisões;

d. a proibição da prova ilícita, que limita a ação probatória das partes e a liberdade de conhecimento do magistrado;

e. o juiz natural, que põe em relevo a imparcialidade do juiz, limitando a sua atuação *ex officio*.

8. O alcance da verdade absoluta é impossível, dentro ou fora do processo, pelo que qualquer verdade é sempre relativa e contextualmente condicionada, em função do que não existe diferença entre a verdade processual e a verdade *tout court*.

a. As limitações ao exame da verdade no contexto do processo não a torna diferente da verdade verificável fora do processo, existindo, no mais das vezes, identidade entre os meios de pesquisa, *rectius*: meios de prova, (testemunhas, exames de peritos, vistorias etc.), utilizados dentro e fora do processo.

b. A discussão acerca da verdade não deve estar delimitada na (im)possibilidade de se chegar à verdade absoluta por meio do processo, mas à necessidade de se buscar a verdade e de se justificar racionalmente a verdade encontrada, ainda que contextualmente limitada, de modo a restar atendido o postulado constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

9. A busca da verdade no processo não é incompatível com o sistema dispositivo do processo. Disciplinas como as que autorizam a utilização de meios de prova atípicos e exigem a motivação racional das decisões são instrumentos que dão vazão à busca da verdade, independentemente do modelo de processo em que se encontrem inseridos, dispositivo ou inquisitivo.

10. Verdade, verossimilhança e probabilidade são conceitos distintos que não devem ser confundidos pelo cientista do direito.

a. Das diversas concepções acerca da verdade, podemos identificar duas linhas principais, a de verdade como correspondência e a de verdade como coerência, sendo que o modelo constitucional de processo demanda a adoção de uma concepção de verdade como correspondência. Assim, a palavra verdade significa a correspondência racionalmente justificada entre as alegações e os eventos que realmente aconteceram no mundo empírico.

b. A expressão verossimilhança é muitas vezes utilizada em sentido equivocado, que advém da confusa tradução da expressão tedesca *Wahrscheinlichkeit*, cujo significado semântico pode ser identificado tanto como

verossimilhança como probabilidade. A verossimilhança, contudo, não se confunde com a probabilidade. A verossimilhança não exige confirmação por elementos de prova, sendo identificada em momento pré-probatório, pela correspondência entre a alegação e aquilo que, segundo as regras da experiência, usualmente acontece no mundo empírico (*id quod preluoque accidit*).

c. A dubiedade de sentido da expressão probabilidade não pode ser ignorada pelo cientista do direito, sob pena de dar lugar a erros e mal-compreensões no seu uso, na medida em que dizer que algo é provável não significa, objetivamente, coisa alguma. Pois, provável é tudo o que não é absolutamente verdade, e como a verdade absoluta é impossível, tudo é, de fato, provável. O correto uso da expressão probabilidade é o que a entende como a confirmação da alegação por meio de confiável inferência estabelecida em relação às provas produzidas.

11. Os critérios utilizados para a determinação da inferência que dá fundamento à probabilidade variam de caso a caso, devendo o juiz demonstrar e justificar, racionalmente, a formulação desses critérios, pois a conclusão que resultar da inferência não poderá ter grau de segurança maior do que aquele próprio dos critérios utilizados para formulá-la.

12. O conceito de probabilidade utilizado no processo é o da probabilidade lógica ou baconiana, cujo núcleo essencial não faz qualquer referência à frequência estatística, mas se reporta especificamente ao grau de confirmação que um enunciado afora da inferência fundada sobre premissas que o justifiquem.

13. Sendo impossível o alcance da verdade absoluta, a probabilidade funciona como a medida da verdade dentro do processo, sendo que um enunciado aproxima-se mais ou menos da verdade em função da qualidade e quantidade dos elementos de confirmação fornecidos pelas provas e que irão figurar na base da inferência.

14. Quando existirem provas divergentes no processo, o juiz deve identificar a probabilidade prevalente, seguindo o critério do 'mais provável que

sim do que não' (*più probabile que no*). Essa regra indica que é mais racional escolher a hipótese que é confirmada em maior grau que a hipótese que lhe é contrária.

a. Se existirem várias versões para o mesmo fato, cada uma confirmada por diferentes elementos de prova, deve ser escolhida a hipótese que possua um grau de confirmação probatória relativamente superior a qualquer das outras hipóteses. Após essa escolha, deverá ser verificado, em relação à hipótese escolhida, se ela é mais provável que seu contrário (*più probabile que no*). Assim, não só a alegação há de ser a mais provável entre todas as demais possíveis, como deve ser a mais provável em relação ao seu contrário.

15. A estrutura das regras jurídicas e o postulado do processo sem dilações indevidas são elementos que devem balizar o objeto da prova, de modo a limitá-lo àquelas alegações de fato, que sejam ao mesmo tempo (*questões*) controvertidas e sirvam de elemento de composição da hipótese de incidência da norma jurídica que, caso aplicada, autoriza a concessão do pedido formulado pela parte. As questões acerca de fatos secundários, isto é, aqueles que não estão incluídos na hipótese de incidência da norma, podem vir a ser objeto de prova apenas quando sejam relevantes para a formação do convencimento do julgador acerca da existência do fato principal, configurando a chamada prova indireta.

a. A exclusão das alegações de fatos notórios ou presumidos do objeto da prova não encontra óbice no modelo constitucional de processo, pois realiza o valor da efetividade e, ao mesmo tempo, preserva o contraditório, na medida em que o juiz pode afastar a exclusão, por não ser esta absoluta.

b. As questões de direito não são objeto de prova, cabendo ao juiz conhecer do direito e aplicá-lo (*jura novit curia*). A prova do “direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário” prevista no CPC não é a prova da questão de direito em si, mas a prova do fato consistente na existência e vigência de certo texto legal cujo teor caberá ao juiz extrair o direito.

16. As provas devem ser valoradas de acordo com a sistemática do livre convencimento motivado, segundo a qual o juiz não tem padrões pré-estabelecidos para a atribuição de valor probatório aos meios de prova produzidos, mas é obrigado a justificar, racionalmente, o seu convencimento.

a. O sistema do livre convencimento motivado atende ao modelo constitucional de processo, pois possibilita a verificação da verdade, o que era mitigado pelo sistema da prova legal, ao tempo em que exige a motivação racional das convicções do juiz, o que não existia no sistema da íntima convicção.

b. As provas desenvolvem uma função interna ao processo, na medida em que são utilizadas como elementos de convencimento do magistrado acerca da verdade dos fatos alegados pelas partes. Ao mesmo tempo, a existência de tais provas, cuja valoração deve estar expressa na sentença, por força do princípio constitucional da motivação (art. 93, IX, da CF), funciona como fator legitimador do exercício do poder jurisdicional, transmitindo à sociedade a certeza do acerto da atuação estatal de solução de conflitos.

17. O clássico modelo de processo dispositivo, caracterizado pela dinâmica das partes e pela estática do juiz, foi, ao longo dos anos, matizado por traços de inquisitorialidade, de modo que não mais encontramos modelos puros de processo dispositivo, na medida em que foi ganhando reconhecimento o seu caráter público (*publicização do processo*).

a. O processo dos dias de hoje busca realizar a justiça, de modo democrático. Isto é, com a participação efetiva dos envolvidos – contraditório (art. 5, LV, CF/88) – e com demonstração social do acerto das decisões – motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88). Tudo isso contribui para a manutenção da paz social, com a transmissão de padrões de segurança jurídica, de eficiência das instituições e de imperatividade do direito.

18. A iniciativa probatória por parte do juiz, desde que realizada com parcimônia, não ofende o modelo constitucional do processo, sendo antes necessária, em certas circunstâncias, para realizá-lo. Cabe ao intérprete identificar o justo equilíbrio entre a postura estática do juiz, decorrente do

modelo dispositivo de processo, mantido como regra no sistema, e a sua liberdade de iniciativa probatória.

a. A discussão acerca dos limites da iniciativa probatória do juiz revela a questão da compatibilização de diversos valores que compõem o modelo constitucional de processo: o direito a uma decisão justa, o direito a um processo sem dilações indevidas, o direito ao contraditório e o direito à imparcialidade do julgador. Essa compatibilização, em situações abstratas, pode ser feita apenas de modo indicativo, pois o choque *in concreto* dos valores constitucionais pode ensejar solução diferenciada.

b. A princípio, deve o juiz valer-se de sua iniciativa probatória: (i) nas causas associadas ao estado ou capacidade das pessoas; (ii) nas ações coletivas; (iii) nas causas de qualquer espécie, quando se aperceber que a omissão probatória é fruto de pobreza, de deficiência cultural ou de insuficiência do patrocínio que esteja ao alcance da parte; (iv) e nas causas em que os elementos de prova já produzidos pelas partes evidenciem, de modo idôneo, a existência de outros relevantes para o bom julgamento da causa.

c. Também a princípio, não deve o juiz tomar a iniciativa probatória quando os fatos estiverem por lei dispensados de prova, salvo quando forem verificados indícios de simulação.

d. A iniciativa probatória do juiz deve ser apenas supletiva, não devendo, em regra, 'tomar a frente' na designação de provas, para que não restem confundidas as figuras do juiz e do defensor das partes.

19. A busca da verdade no processo não é um fim em si mesma, mas apenas um meio para atingir a justa solução das lides e a conseqüente manutenção da paz social.

a. Duração da busca pela verdade no processo deve ser temporalmente limitada, para que não ocorra desvirtuamento do processo enquanto mecanismo ágil de solução de conflitos.

b. Sempre que as partes formularem requerimentos de provas consideradas desnecessárias ou impertinentes pelo juiz, eles devem ser indeferidos, para que o processo não se prolongue por tempo desnecessário.

20. As regras de ônus da prova são compatíveis com o modelo constitucional de processo, desenvolvendo importante papel no sentido de viabilizar a prestação jurisdicional, decorrente do direito constitucional de ação, com a solução definitiva do conflito, mesmo quando não existam elementos de prova suficientes para o convencimento do julgador acerca das alegações de fato.

a. A ausência de regras acerca de ônus da prova permitiria situações em que o magistrado, para poder afastar as dúvidas acerca das alegações de fato, eternizaria um conflito, sempre requerendo mais e mais provas, frustrando o direito constitucional de obter uma decisão justa em prazo razoável.

b. As regras acerca do ônus subjetivo da prova desenvolvem importante papel na preservação do contraditório, na medida em que orientam as partes na estratégia processual que devem utilizar por ocasião da fase instrutória.

21. A inversão do ônus da prova, quando realizada por decisão judicial (*ope iudice*), deve ser anunciada por ocasião do saneamento do processo, antes do início da fase instrutória, de modo a atender o princípio do contraditório, evitando que as partes sejam surpreendidas com uma alteração da distribuição dos riscos da prova frustrada, em momento no qual não mais poderão produzir provas.

22. Da interpretação do *caput* do artigo 273 extrai-se que “prova inequívoca que convença da verossimilhança” significa que as alegações de fato devem ser confirmadas por probabilidade equivalente àquela aferível por cognição sumária. Esse grau de cognição deve ser compatível com o grau de invasividade da medida antecipatória pleiteada em relação ao patrimônio jurídico do réu, bem como ao nível de perigo na demora (*periculum in mora*) a que esteja submetida a parte.

a. O grau de cognição exigido pelo artigo 273 do CPC pode ser flexibilizado sempre que se ponha em confronto valores constitucionais que estão na base do instituto da antecipação de tutela (efetividade do processo e contraditório), aplicando-se a regra da proporcionalidade.

23. As restrições às liberdades probatórias devem obedecer a critérios de relevância, pertinência, necessidade, utilidade e efetividade, sob pena de ofender o modelo constitucional de processo, que tem entre os seus valores o direito à decisão justa e o direito à ampla defesa.

a. As restrições à liberdade probatória acontecem de três diferentes modos. Em alguns casos a lei retira do magistrado a possibilidade de analisar livremente a prova colhida, valorando-a previamente, no que ficou conhecido como prova legal. Noutros, a lei restringe o rito procedimental de acordo com a espécie da prova disponível. Há, também, situações em que o ordenamento veda a utilização de determinadas provas, por considerá-las ilícitas.

24. As limitações probatórias conhecidas como prova legal, realizam o valor constitucional da segurança jurídica. Contudo, devem ser flexibilizadas sempre que, por inviabilizarem a prolação de uma decisão fundada na verdade, impossibilitem, de modo absoluto, a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva.

25. As limitações probatórias que exigem, para a utilização de certo rito processual, que a parte disponha de meios de prova específicos são compatíveis com o modelo constitucional de processo, pois realizam o valor da celeridade processual. Contudo, tais limitações probatórias somente podem incidir sobre a figura do autor, sob pena de cercear a defesa do réu. E, ainda, ao autor deve sempre ser preservada a possibilidade de, não dispondo da prova requerida para destravar-lhe o rito especial, isto é, não demonstrando o interesse-adequação, possa utilizar-se do rito ordinário, de cognição plena e exauriente.

26. A proibição ao uso da prova ilícita impede que a mesma seja utilizada como justificação racional para a verificação da verdade no processo. O vício que macula a prova ilícita se projeta para todas as prova que a tenham

como única fonte originária (*fruits of the poisonous tree*), não contaminando, porém, as provas cuja origem possa ser justificada, simultaneamente, em outra prova lícita.

27. A proibição à prova ilícita pode ser flexibilizada sempre que estiverem em choque valores constitucionais, pela aplicação da regra da proporcionalidade.

28. O modelo constitucional de processo permite o uso da prova emprestada, mas sujeita a sua admissibilidade a alguns requisitos, em atenção ao princípio do contraditório: dificuldade de nova produção da prova, submissão da prova ao contraditório no processo de origem e submissão da prova ao contraditório no processo de destino.

a. Admitida a prova emprestada, ao juiz é dado atribuir-lhe o valor que entenda devida, de acordo com o seu livre convencimento motivado.

29. A presunção decorrente da revelia, por ser meramente relativa, não ofende o postulado constitucional de decisão justa, sendo possibilitado ao juiz analisar os elementos de prova eventualmente existentes nos autos, formando o seu convencimento quanto às questões de fato.

30. A revelia não induz a perda do direito ao contraditório, de modo que o réu, uma vez, decidindo participar do processo, poderá fazê-lo, devendo ser intimado dos futuros atos processuais e, ainda, sendo-lhe facultada a produção de provas. Os atos anteriores, contudo, permanecem válidos, sendo o processo recebido pelo réu no estado em que se encontra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de Processo*, n. 71, julho – setembro de 1993, p. 46-63.

ARAGÃO, E. D. Moniz. Direito à prova. *Revista de Processo*, n. 39, julho - setembro de 1985, p. 98-118

ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *In: Temas de direito processual*, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, n.205, julho – setembro de 1996, p.11-22.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, n. 53, janeiro - março de 1989, p. 122-133.

_____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, n. 86, abril - junho de 1997, p. 295-309.

_____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, abril - junho de 1984, p. 178-184.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Tutela de urgência e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.* São Paulo: RT, 1997.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.* Curitiba: Juruá Editora, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância.* São Paulo: RT, 2006.

_____. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC. *Revista de Processo*, n. 127, setembro de 2005, p. 101-105.

_____. Interceptação telefônica – breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. *Revista de Processo*, n. 118, novembro – dezembro de 2004, p. 143-148

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil.* São Paulo: RT, 2001.

_____. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de Processo*, n. 96, outubro – dezembro de 1999, p. 234-249.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil.* Tradução da 2ª edição por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. *Instituições do processo civil.* Tradução da 5ª edição por Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRIDE, Noberto A. *Revelia no direito processual civil.* Campinas, SP: Copola, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COLEMAN, Dorothy. *Baconian probability and hume's theory of testimony*. Disponível em: <<http://www.soci.niu.edu/~phildept/Coleman/BaconianProbability.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2006.

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciência del derecho*. Buenos Aires: El Foro, 2002.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. v. 2. Recife: Nossa Livraria, 2004.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Tradução da 5ª edição Argentina por Érico Maciel. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4 ed. CEDAM: Padova, 1986.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas da experiência e o livre convencimento do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 10, janeiro de 2004, p. 9-26.

GIANESINI, Rita. Da revelia no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GÓES, Gisele. *Teoria geral da prova: aspectos polêmicos*. Salvador: JusPODIVM, 2006

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 7, outubro de 2003, p. 47-54.

_____. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR, Fredie

(org.). *Leituras complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, n. 128, outubro de 2005, p. 40-58

GUERRA, Marcelo Lima. *Tutela de urgência*. Apostila do curso de aperfeiçoamento promovido pelo Conselho da Justiça Federal, em 2005. (Mimeo.)

_____. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução*. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUIBOURG, Ricardo A. GHIGLIANI, Alejandro M. GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires - Eudeba, 2001.

HOFFMANN, Susy Gomes. *Teoria da prova no direito tributário*. Campinas, SP: Copola, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, n. 17, janeiro - março de 1980, p. 50/60.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo* (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1999.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, n. 116. julho – agosto de 2004, p. 29-39

MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. *Revista de Processo*, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 59-68.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudos temáticos de direito constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000.

_____. *Direito processual – quatro ensaios*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.

MARANHÃO, Clayton. Mandado de segurança individual e coletivo. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR, Fredie (orgs.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28 ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MICHELI, Gian Antonio. TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim, *Revista de Processo*, n. 16, outubro-dezembro de 1979, p. 155-168.

MONNERAT, Carlos Fonseca. Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer. *Revista de Processo*, n. 113, janeiro – fevereiro de 2004, p. 76-86.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. *Revista Prática Jurídica*, Ano III, n. 25, Abril de 2004.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, n. 113, janeiro – fevereiro de 2004, p. 09-21.

_____. (org.). *Prova cível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales e la ética em sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. Direito material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, n. 13, janeiro – março de 1979, p. 135-146.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 2003, p. 607-630.

SOBRINHO. Elicio de Cresci. Fundamentos histórico-retóricos da teoria geral da prova. *Revista de Processo*, n. 63, julho – setembro de 1991, p. 42-63.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Diniz. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais. *Revista de Processo*, n. 128, dezembro de 2005, p 59-77.

_____. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, n. 91, julho – setembro de 1998, p. 92/114.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias – um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.

_____. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, 1992.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *A efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. A Efetividade do Processo e a Irreversibilidade da Antecipação de Tutela : um choque de direitos fundamentais – proposta de solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 5, agosto de 2003, p. 41-53.

_____. Inoponibilidade do princípio da correlação declaração judicial das nulidades absolutas de direito material. *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, n. 13/14, p. 139-155.

ZAVASKY. Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.