

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Maurício Ferreira Cunha

**A PROVA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DEMOCRÁTICO E A
LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS: a importância do interrelacionamento
dialético judicial**

Belo Horizonte

2013

Maurício Ferreira Cunha

**A PROVA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DEMOCRÁTICO E A
LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS: a importância do interrelacionamento
dialético judicial**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito de conclusão do curso de Doutorado em Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Horta Tavares.

Belo Horizonte
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C972p Cunha, Maurício Ferreira
A prova sob a perspectiva do direito democrático e a legitimidade dos provimentos: a importância do interrelacionamento dialético judicial / Maurício Ferreira Cunha. Belo Horizonte, 2013.
190f.

Orientador: Fernando Horta Tavares
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Prova (Direito). 2. Direitos fundamentais. 3. Estado de direito. 3. Legitimidade (Direito). 4. Processo civil. I. Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.94

Maurício Ferreira Cunha

**A PROVA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DEMOCRÁTICO E A
LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS: a importância do interrelacionamento
dialético judicial**

Tese apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, nível
Doutorado, como requisito para obtenção do
título de Doutor em Direito Processual.

Professor Doutor Fernando Horta Tavares (Orientador) – PUC Minas

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros – PUC Minas

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas

Professora Doutora Soraya Regina Gasparetto Lunardi - UNESP

Professor Doutor Rosângelo Rodrigues Miranda - FADIVALE

Belo Horizonte, 2 de maio de 2013.

Dedico essa Tese de Doutorado, em especial, ao meu orientador, Professor Doutor Fernando Horta Tavares, por ter me acolhido de forma tão humana e respeitosa desde o início dos nossos contatos acadêmicos, e a minha esposa, minha filha, meus pais e irmãos, pelo que sempre representaram em minha vida: tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Pai Celestial, meu guia e minha luz.

À CAPES pela oportunidade única da concessão da bolsa Doutorado Sanduíche.

À PUC/Minas pela oportunidade do aprendizado e do convívio sadio com todos os professores e amigos.

À Universidade Nova de Lisboa por me receber de forma tão carinhosa e tão amiga durante o período do Doutorado Sanduíche, em especial aos funcionários, aos professores Nuno Piçarra, Jorge Bacelar Gouveia e Helena Pereira de Melo, além do amigo que lá fiz e com quem tanto aprendi, na vida e no labor, Rosângelo.

Ao estimado professor Doutor Fernando Horta Tavares, pela paciência, pela orientação ímpar, pelo aprendizado e pelo apoio em todos os momentos da minha caminhada acadêmica.

À minha amada esposa Márcia, mulher sem igual, companheira inseparável e a quem devo, literalmente, a minha vida.

À minha filha Isabela, presente divino, amor incondicional, inspiração de sempre.

Aos meus pais, Antônio e Maria Ignez, e aos meus irmãos, Marco e Márcio, minha base, minha família, simples assim.

Ao meu querido amigo Rubens Santos, por sempre saber o real significado da palavra “amizade”.

E a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para esta singela construção.

Porque os que ouvem a lei não são justos diante de Deus, mas os que praticam a lei hão de ser justificados. (Romanos 2, 13).

RESUMO

A nova ordem que se busca no processo jurisdicional é aquela que se assenta, fundamentalmente, no estrito respeito à principiologia constitucional democrática. A proposta de pesquisa aqui apresentada consiste em demonstrar, mediante adoção do modelo constitucional de processo civil como marco teórico, e a falibilidade como marco filosófico, que o direito fundamental à prova somente se revela, plenamente, quando se proporciona a efetiva participação dos sujeitos processuais na atividade cognitiva processual, dentro de um contraditório efetivo e equilibrado, apartando, assim, o protagonismo judicial e alcançando a almejada legitimidade dos provimentos. Em síntese, a contribuição científica do presente trabalho de pesquisa encontra-se na demonstração de que a consolidação do exercício da função jurisdicional, no contexto de um Estado Democrático de Direito, apenas se dá quando há o respeito incontestado ao direito fundamental de produção probatória, possibilitando a participação em simétrica paridade (compartilhamento), legitimando o provimento final na sua inteireza. Assim, observou-se, através da perspectiva histórica do conceito e da função da prova, crucial para uma compreensão mais apropriada de todo e qualquer instituto jurídico, aspectos positivos e negativos, cada qual com sua devida importância para que se chegasse ao estágio de pensamento atual, estabelecendo-se 3 (três) modelos paradigmáticos que exerceram forte influência nos papéis que são desempenhados pelos sujeitos processuais e demonstrando-se que a prova como *argumentum* é o sistema que melhor explica a prova cível. Ficou patente a imposição de necessidade de (re)construção da teoria geral da prova, de resgate do papel da técnica processual, mesmo porque a adoção do princípio do livre convencimento motivado, como denominado pela doutrina pátria, não compactua, não faz parte do Direito Democrático, vez que impregnada de aspectos subjetivos e baseados em ideologias próprias, afastando-se da racionalidade lógica que compreende as fases de valoração e de valorização. O que se deve provar é, efetivamente, a afirmação sobre o fato, e não o fato propriamente, até porque resta estabelecido, doutrinariamente, que a relevância jurídica do fato suscitado é que deve ser levada em consideração juntamente com sua pertinência. Não há, portanto, como dissociar o direito fundamental à prova do direito fundamental à ampla defesa e do contraditório, resultado do equilíbrio técnico-jurídico das partes, pois quando da fundamentação do provimento que se quer ver

legitimado, devem ser levados em consideração todos os argumentos produzidos durante o *iter* procedimental. Buscando aprimorar o estudo da prova, incluindo suas características e espécies, o legislador pátrio elabora novo texto processual que, atualmente em trâmite perante o Congresso Nacional, se apresenta permeado de bons propósitos e, também, de bons argumentos, notadamente no que se refere ao destaque conferido à questão principiológica, além da concretização do dever de consulta, manifestação do contraditório substancial, que impõe ao órgão jurisdicional não sejam proferidos provimentos com lastro em questão sobre a qual as partes não tiveram a oportunidade de manifestação.

Palavras-chave: Direito fundamental à prova – Estado Democrático de Direito – Legitimidade dos provimentos – Processo Civil

ABSTRACT

The new order that is sought in legal proceedings is the one that mainly rely on the strict adherence to the democratic constitutional principles. The proposal presented here is to demonstrate, through the adoption of the constitutional model of civil procedure as theoretical mark, and fallibility as philosophical mark, that the fundamental right to evidence only fully reveals when it is provided the effective participation of the parties in the procedural cognitive activity, within an effective and balanced contradictory, departing, this way, the judicial prominence and reaching the desired legitimacy of the decisions. In summary, the scientific contribution of this research states in the demonstration that the consolidation of the exercise of the jurisdictional function, in the context of a democratic state, only occurs when there is an unquestionable respect to the fundamental right of producing evidence, permitting the participation in symmetric parity (sharing), legitimizing the decision in its entirety. Thus, it was observed, through the historical perspective of the concept and function of evidence, crucial for a better understanding of any and all appropriate legal institute, positive and negative aspects, each one with its due importance to reach the stage of current thinking, settling three paradigmatic models that had a strong influence on the roles that are played by procedural parties and demonstrating that the evidence as *argumentum* is the system that best explains the civil evidence. It was evident the need to (re)construct the general theory of evidence , the recover of the procedural technique, because the adoption of the principle of free conviction motivated, as named by the homeland doctrine, does not condone, does not make part of the democratic law since it is impregnated with subjective aspects and based on personal ideologies, away from the rational logic that comprehends the steps of valuation and appreciation. What must be proved is, effectively, the statement of the fact, and not the fact itself, because it remains established, doctrinally, that the legal significance of that fact should be taken into consideration along with its relevance. It is not possible, therefore, to dissociate the fundamental right to evidence and the fundamental right to defense and contradictory, result of the technical-legal balance of the parties, because when it has to motivate the decision which is willing to be legitimated, there must be taken into consideration all arguments produced during the procedural iter. Seeking to enhance the study of the evidence, including its features and species, members of the legislature prepares a new civil procedural

code that is currently pending before Congress, riddled with good intentions, and also with good arguments, especially with regard to the attention given to the principles besides the duty of consultation, demonstration of the substantial contradictory, that demands the Court to not decide based in a question on which the parties did not have the opportunity to manifest.

Keywords: Fundamental right to evidence – Democratic State of Law – Legitimacy of decisions – Civil Process

| SUMÁRIO | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO ----- | 13 |
| 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONCEITO E DA FUNÇÃO DA PROVA ----- | 18 |
| 2.1 A influência do Processo Civil romano na delimitação do conceito e da função da prova ----- | 20 |
| 2.2 Panorama do Processo Civil na Era Média: a evolução do conhecimento e a verdade, não mais como fruto do convencimento de quem julga ----- | 24 |
| 2.3 Era Moderna: um novo pensar ----- | 29 |
| 2.4 Era Contemporânea: a força inequívoca do pensamento liberal e o reducionismo da formalidade ----- | 30 |
| 2.5 Sistematização dos modelos históricos: <i>experimentum, ratio e argumentum</i> ----- | 32 |
| 3 A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO ----- | 36 |
| 3.1 Prova e estrutura procedimental: a importância da técnica da cognição ----- | 36 |
| 3.2 Princípios do direito probatório ----- | 45 |
| 3.2.1 <i>Princípio do livre convencimento motivado</i> ----- | 46 |
| 3.2.2 <i>Princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova</i> ----- | 51 |
| 3.3 Objeto da prova ----- | 54 |
| 3.3.1 <i>Provar o fato ou a afirmação do fato?</i> ----- | 54 |
| 3.3.2 <i>A prova dos direitos municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário</i> ----- | 58 |
| 3.3.3 <i>Fatos que não dependem de prova</i> ----- | 60 |
| 3.4 Os meios e as fontes de prova ----- | 71 |
| 3.4.1 <i>O contraponto de Carnelutti: a incidência somente sobre as provas indiretas</i> ----- | 73 |
| 3.4.2 <i>Tipicidade e atipicidade dos meios de prova</i> ----- | 75 |
| 3.5 Finalidade da prova: conhecimento da verdade histórica, dialética e “formação do convencimento” ----- | 78 |
| 3.6 Prova emprestada ----- | 82 |
| 3.7 Regras de experiência, presunções e indícios ----- | 86 |
| 3.8 Ônus da prova ----- | 91 |
| 3.8.1 <i>A razão de ser da distribuição do ônus da prova</i> ----- | 93 |
| 3.8.2 <i>Ônus da prova subjetivo e objetivo</i> ----- | 95 |
| 3.8.3 <i>A distribuição estática do ônus da prova e a teoria da carga dinâmica da prova</i> ----- | 96 |
| 4 MEIOS DE PROVA LEGALMENTE PREVISTOS ----- | 103 |
| 4.1 Depoimento pessoal ----- | 103 |
| 4.2 Confissão ----- | 107 |
| 4.3 Prova documental ----- | 110 |
| 4.4 Exibição de documento ----- | 116 |
| 4.5 Prova testemunhal ----- | 118 |

| | |
|---|------------|
| 4.6 Prova pericial ----- | 123 |
| 5 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NUMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA ----- | 128 |
| 5.1 Noções gerais ----- | 129 |
| 5.2 O processo a partir do Estado Democrático de Direito: necessária vinculação como decorrência da leitura do texto constitucional ----- | 130 |
| 5.2.1 <i>Adequada compreensão da prova como instituto</i> ----- | 135 |
| 5.2.2 <i>Valoração e valorização</i> ----- | 136 |
| 5.2.3 <i>O devido processo constitucional como garantia do equilíbrio técnico-jurídico das partes</i> ----- | 138 |
| 5.3 As garantias constitucionais da ação e da defesa como elementos materializadores do direito à prova ----- | 139 |
| 5.4 A argumentação discursiva pelo contraditório (evolução do conceito de processo) e o direito fundamental à prova----- | 144 |
| 6 LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS E FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL ----- | 149 |
| 6.1 Adequabilidade ao ordenamento pátrio e formato de construção do provimento ----- | 151 |
| 6.2 A colaboração na atividade instrutória: processo cooperativo como premissa básica ----- | 153 |
| 6.3 O texto positivamente constitucionalizado (princípios) alicerçando a racionalidade do provimento (legalidade estrita) --- | 157 |
| 7 A ESTRUTURA PROBATÓRIA NO NOVO CPC (PL 8.046/2010): MANUTENÇÃO DO STATUS QUO? ----- | 160 |
| 8 CONCLUSÕES ----- | 175 |
| REFERÊNCIAS | |

1 INTRODUÇÃO

Há tempos o flagrante menoscabo ao teor do ordenamento constitucional vem se caracterizando como algo aparentemente normal na comunidade jurídica, situação que somente reforça a desestabilização dos ideais da essência democrática. Desprezam-se conquistas históricas e relegam-se ao plano secundário a base principiológica de interpretação e de aplicação da lei.

Proliferam, assim, as sensações de comodismo e de aceitação dos padrões de ilegalidade e de insurgência, como se um direito fundamental pudesse ser desrespeitado impunemente, sem consequências nefastas à viabilidade das relações jurídicas.

Urge, portanto, a construção de uma nova ordem que esteja assentada, acima de tudo, no acatamento irrestrito da principiologia constitucional democrática.

A presente pesquisa tem o escopo, assim, de dar uma contribuição no sentido de demonstrar, mediante perspectiva essencialmente democrática, (daí porque a adoção do modelo constitucional de processo civil como marco teórico), a fruição do direito fundamental constitucional à prova como verdadeira forma de participação das partes dentro de um contraditório efetivo e equilibrado, realizando-se plenamente a cognição processual, e afastando o protagonismo judicial, alcançando-se a almejada legitimidade dos provimentos.

O que se pretende expressar, e aqui reside o mote principal da tese, alicerçada igualmente nas pesquisas realizadas em solo português (Universidade Nova de Lisboa), mais precisamente em razão de bolsa de estudos concedida pelo Governo Federal através da CAPES, é o fato de que o Estado Democrático de Direito somente se consolida, quando do exercício da função jurisdicional, caso se confira amplo e geral respeito ao direito fundamental à prova (portanto, de importância crucial), à possibilidade plena de participação (compartilhamento), a fim de que o desiderato do provimento final que se quer legitimar, em idêntico caráter, possa ser obtido de forma plena.

Diante de tal contexto, reforça-se o pensamento de que o trabalho cognitivo probatório deve estruturar-se através da atividade processualizada de análise, de exame, mas, antes de mais nada, de “valoração”, consistente na percepção da existência do elemento de prova nos autos, e de “valorização”, esta refletida na demonstração do conteúdo de importância daquele elemento de prova para a

formação da cognição processual, aí se incluindo o convencimento discursivo dos sujeitos do processo (partes e Estado-juiz).

Porém, para que tal cognição se realize de forma absoluta, afigura-se como elemento primordial a colaboração dos sujeitos processuais nela envolvidos, é dizer, a participação concreta das partes no exercício do contraditório, bem como a participação do responsável pela prolação do provimento ao proporcionar que a postura argumentativa que tanto se busca seja implementada, o que somente reforça a relevância do papel desempenhado pelo órgão jurisdicional.¹

Revela-se imperioso fazer compreender, definitivamente, que o direito fundamental à prova encontra-se arrimado nos princípios do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório, todos responsáveis por proporcionarem o exercício dos direitos processuais adequados à solução dos conflitos trazidos a Juízo e por possibilitarem resultados eficazes para todos aqueles que buscam a mediação da função jurisdicional.

Destarte, é fato que o advento da Constituição Federal vigente contribuiu sobremaneira para que se alcançasse uma visão interpretativa do Direito totalmente apartada daquela prevalente quando da vigência do Estado Liberal e do Estado Social, não mais sendo possível compactuar com a idéia de aplicação do Direito sem a participação e fiscalização incessantes, intersubjetivas, conseqüência de incontestável retrocesso temporal e à própria idéia de democracia.

Afirma-se pela necessidade de implementação concreta do direito fundamental à prova (não somente em termos legislativos), reconhecido que é, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, como um instituto jurídico que, numa concepção sistemática, deve demonstrar a compreensão de que, resultante da lei escrita “são constituídos juízos lógicos compatíveis dentro dos quais há de se operar o raciocínio do intérprete do direito, como esquema de incidência e aplicação da lei” (LEAL, Rosemiro, 2009, p. 200).

Assim, como estruturadora do procedimento, a oportunidade probatória conferida quando da fixação dos fatos alegados pelas partes – ou, sob outra perspectiva, a apuração da “verdade material” ou fática - repercutirá, de forma

¹ Lúcio Antônio Chamon Júnior (*Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia e uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 176) expõe que o juiz não pode ser considerado autoridade que não participa da construção do processo, motivo pelo qual, dentro da postura argumentativa que se quer, seu papel jamais pode ser taxado como “esvaziado”.

incisiva, no momento processual de prolação do provimento, legitimando-o, desde que o órgão judicial guarde estrita obediência, insista-se, à linha principiológica constitucional e à legislação infraconstitucional estruturadora do procedimento, enfrentando todas as argumentações trazidas à baila pelas partes, mesmo porque não se concebe, há tempos, o pensamento de que o papel do julgador estaria atrelado a uma hercúlea missão de buscar os valores compartilhados em sociedade e que estariam insculpidos no texto constitucional.

A atuação do Estado-juiz deve, acima de tudo, por força da incidência do princípio fundamental estruturador do Estado e do Direito Democrático (Título I, da Constituição Brasileira), estar conectada ao papel de co-garantidora da eficácia do ordenamento e dos direitos fundamentais que embasarão o provimento, evidentemente, em conjunto com os participantes sujeitos do processo.

O protótipo jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a seu turno, deve ser moldado e entendido como a possibilidade (concreta) de que os jurisdicionados se reconheçam como co-autores do provimento, tendo participado e fiscalizado (permanentemente) da construção deste último. Se assim se procedeu, inquestionável que o direito à prova restou confirmado como direito fundamental assegurado em bases constitucionais, reflexo democrático do devido processo constitucional. Se as garantias constitucionais não foram observadas, evidente que ainda não se solidificou a mudança de paradigma instaurada a partir da Constituição Brasileira de 1988.

A pesquisa que ora se apresenta, portanto, restou dividida em 7 (sete) capítulos, incluindo a presente parte introdutória.

Num primeiro momento, optou-se pela abordagem dos elementos históricos que serviram de parâmetro (desde o mais remoto processo civil romano) para se chegar à compreensão do instituto da prova no modelo atual. Perpassando os principais momentos épicos (o que incluiu os períodos das Eras Média, Moderna e Contemporânea), o principal objetivo foi o de fazer com que melhor se compreendesse o seu real significado de direito constitucionalmente previsto, preparando o terreno interpretativo para o capítulo seguinte. Procurou-se demonstrar, ao final, a sistematização dos 3 (três) modelos paradigmáticos (*experimentum*, *ratio* e *argumentum*) que exerceram forte influência nos papéis hoje desempenhados pelos sujeitos processuais.

O capítulo seguinte teve como objetivo realizar uma abordagem da prova no seu aspecto teórico, iniciando pelo estudo da estrutura procedimental cognitiva e passando pela relevância incontestável dos princípios que envolvem o direito probatório. Dentro do mesmo contexto, procurou-se demonstrar, alicerçado em linhas doutrinárias sólidas, que devem ser provadas as *afirmações sobre o fato*, e não o *fato* em si, fazendo-se, ainda, referência ao pensamento de Carnelutti que dizia somente haver sentido falar-se na contraposição entre *meio* e *fonte* de prova quando do estudo das chamadas *provas indiretas*. Ao cabo do presente tópico, empreendeu-se exame sobre os aspectos que envolvem o ônus da prova, enfatizando a distinção entre distribuição estática e a teoria da carga dinâmica.

Prosseguindo, empreendeu-se análise de cada um dos meios de prova legalmente previstos no texto processual civil vigente, sob a forma descritiva, tal qual demandam as tradições lusitanas, seguindo investida acerca do instituto numa perspectiva democrática que englobasse a necessária distinção que se deve realizar entre as atividades de “valoração” e de “valorização” e a imperiosa observância das garantias constitucionais da ação e da defesa como elementos que consagram o direito à prova, enfatizando que a argumentação discursiva deve sempre se pautar, no espaço processual, pelo irrestrito respeito à garantia do contraditório.

Ao final, considerando que o papel da prova na construção dos provimentos se reveste de incontestável importância, debruçou-se sobre o estudo dos aspectos que envolvem a referenciada trajetória (atividade eminentemente cooperativa) e sobre a estrutura probatória no projeto de elaboração do novo Código de Processo Civil.

Não obstante o acima exposto, não se deve olvidar, porém, que o paradigma democrático no campo probatório a que se faz referência (coexistindo como pano de fundo para uma melhor compreensão e interpretação do Direito como um todo) comporta falibilidade², como todo e qualquer sistema (adota-se, então, o referido raciocínio popperiano de falibilidade como marco filosófico da pesquisa), razão pela qual se reveste de extremada importância seu estudo, mesmo porque o processo de

² Sintomática, neste sentido, a afirmação de João de Castro Mendes (*Do conceito de prova em Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa. 1961, p. 12/13), para quem “a causa fundamental da dificuldade de que se reveste um tratamento científico da figura que estudamos reside essencialmente no facto de a prova ser uma figura de fronteira. Figura de fronteira, antes de mais, entre o direito processual e o direito substantivo; por isso havendo autores que vêem na prova uma operação estritamente material ou estritamente processual ou, ecleticamente, participante das duas naturezas. Quando desempenha uma função processual, a prova situa-se naquele obscuro e quase inexplorado terreno que liga o processo ao direito material”.

legitimação deve se dar de forma incessante e permanente, com a observância do devido processo legislativo e do devido processo constitucional, significando a lei retornando à processualidade jurídica, garantidora de sua legitimidade normativa (ALMEIDA, 2004, p. 88).

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONCEITO E DA FUNÇÃO DA PROVA

A compreensão dos conceitos básicos do Direito passa, naturalmente, por uma investigação histórica dos seus institutos, leis e pensamentos. A importância do estudo da história do Direito, para fins de se tentar chegar a um entendimento a respeito do tema do presente capítulo, advém do fato de que o ser humano, queiramos ou não, é um ser essencialmente histórico e que o seu desenvolvimento, mesmo nas Ciências Sociais, é aprendido e apreendido com os fatos antecedentes, é dizer, o Direito é a verdadeira história da humanidade (ALBERGARIA, 2012, p. 04).

Conhecer a História do Direito de forma mais aprofundada e, principalmente, tentar compreender os sistemas jurídicos é tarefa árdua, mesmo porque, infelizmente, trata-se de tema de pouca pesquisa e de pouca valorização pelos juristas brasileiros, não obstante seja extremamente gratificante.

Karl Popper, ao tecer uma abordagem pluralista à filosofia da história, aponta ser possível diferenciar entre a evolução do homem (no singular), é dizer, da humanidade e o seu conhecimento, e a história de diferentes homens individuais (plural). E acrescenta:

E não tenho qualquer dúvida de que o valor principal e a característica nuclear da disciplina a que chamamos história, na verdade, de todos os temas humanistas, é ser suficientemente vasta para se interessar não só pela evolução da raça humana e das suas instituições, mas também pelas histórias dos homens individuais (no plural) e pelas suas lutas com as suas instituições, com o seu meio ambiente e com os problemas suscitados pela evolução do homem e pelo conhecimento deste. (POPPER, 2009, p. 245).

Ao final do capítulo dedicado à abordagem pluralista referenciada, o mesmo Karl Popper destaca constituir-se em problema de grande ordem compreender o quanto o aumento do conhecimento afeta diretamente o homem:

Assim, a história é pluralista. Trata não só do homem, mas dos homens. Acima de tudo, permite-nos levantar o problema de quão muito ou quão pouco o aumento do conhecimento, a história da arte e a evolução do homem afectaram os homens. Esse problema, sugiro, é um dos maiores da história. (POPPER, 2009, p. 246).

Em nossa visão, o maior propósito da História do Direito reside, justamente, na possibilidade de

[...] oferecer ao Direito atual a compreensão de sua retrospectiva, esclarecendo as suas dúvidas e levantando, passo a passo, a estrutura do seu ordenamento, seus institutos mais perenes, suas bases de fundo e suas características de forma, até chegar à razão de ser de seu significado e conteúdo. (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 19/22).

Não foi outro o posicionamento, na segunda metade do século passado, de João de Castro Mendes, alicerçado naquilo que juristas da época já compreendiam, e outros mais antigos, para assim conceituar prova: “é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão” (MENDES, 1961, p. 741).

Fica patente, então, que, não obstante a mais do que pertinente consideração e o extremado saber do jurista lusitano (sem contar sua profunda pesquisa acerca do tema, resultado de sua tese de Doutorado), nada teria sido possível se não tivesse igualmente assentado seu raciocínio e exposições na História do Direito.

Não se pode olvidar, mesmo porque lógico, que a importância da compreensão qualificada de qualquer tema jurídico passa, fundamentalmente, pela necessidade do seu exame sob uma perspectiva histórica. Tentar justificar a existência de qualquer instituto sem o decisivo viés que possibilite o conhecimento dos seus antecedentes ao longo dos anos equivale a uma navegação em mar revolto e desprovido de qualquer rota indicativa. A propósito, ainda que tivessem sido registradas abalizadas críticas às características então anunciadas de cada uma das várias experimentações probatórias espalhadas historicamente, fato é que todas, de uma forma de ou de outra, tiveram sua importância para que se chegasse ao estágio de pensamento atual.

Assim, levando-se em consideração que o conhecimento se traduz num processo efetivo e permanente de compreensão do *locus* no qual todos nos encontramos situados, a absorção da essência do significado de todo e qualquer tema caminha, justamente, pela historicidade, pelo exame de todo o conjunto histórico-cultural, de todos os registros indelevelmente forjados nesta sucessão temporal. Não é demais, portanto, mencionar que se é um erro exceder-se no apego ao passado, ignorá-lo também o é (PACHECO, 1999, p. 01).

2.1 A influência do Processo Civil romano na delimitação do conceito e da função da prova

Antes de adentrar no estudo do desenvolvimento do processo civil romano propriamente dito, com a abordagem de cada um dos 3 (três) grandes períodos (ou fases), entendemos como apropriado tecer algumas breves linhas a respeito de como eram distribuídos os magistrados em cada uma das 3 (três) esferas políticas, consoante o Império evoluísse, quais sejam, *Roma*, *Itália* e *Províncias Romanas*, a fim de que se possa situar o panorama vigente à época.

O que se observa é que, durante o primeiro período, o rei exercia, de forma concentrada, a função de juiz. Na República, a magistratura ficava a cargo de dois cônsules, instituindo-se, em 387 a.C., a figura do *pretor* para cuidar da administração da justiça. A função exercida pelo *pretor* era dividida entre o *pretor urbano*, responsável pela resolução dos litígios entre os cidadãos romanos, e o *pretor peregrino*, este incumbido de apreciar os litígios entre estrangeiros que povoavam Roma, e entre estrangeiros e romanos. Havia, ainda, o *edil curul* para julgar questões de venda de animais e escravos (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 409).

Por sua vez, na Itália, os *praefecti jure dicundo* atuavam como delegados do pretor, enquanto que nas *Províncias Romanas*, a administração da justiça estava nas mãos dos *governadores*, os quais, no período do Alto Império, passaram a ter sedes nas principais cidades e eram assessorados pelos *questores*, cujas funções eram semelhantes àquelas exercidas pelos *edis curuis* de Roma (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 409).

Feito esse sucinto apanhado, importante registrar, para que bem sejam conhecidas as experiências vivenciadas no processo civil romano, que nas suas duas primeiras fases, a saber, *legis actiones* (ações da lei, que vigorou desde a fundação de Roma – 754 a.C. – até o final da República) e *per formulas* (processo formular, com início a partir do visível declínio da República, consubstanciado na atividade dos pretores e sem reconhecimento legislativo, atingindo seu ápice com a edição da *Lex Aebutia*, em 149-126 a.C., e da *Lex Julia Privatorum*, em 17 a.C.), os magistrados eram eleitos, enquanto que na última fase, *cognitio extraordinaria* (iniciado a partir do principado em 27 a.C., e encerrado com a queda do Império Romano do Ocidente em 568 d.C.), em razão da publicização do processo, os

magistrados eram funcionários públicos, razão pela qual se concebia a ideia de hierarquia entre juízes e a possibilidade de interposição de recurso.³

Particularmente, em relação às *legis actiones*, sabe-se que as mesmas possuíam este significado porque tinham como origem um texto legal (notadamente da Lei das XII Tábuas) ou porque as situações jurídicas por ela tuteladas se fundavam em uma lei.

Naquele período, a sistematização das ações se revelava escassa e definida pela tipicidade, cada uma possuindo uma estrutura individualizada para situações jurídicas expressamente reconhecidas. A formalidade era tamanha que, para a parte receber o que almejava, deveria repetir na *actio*, de forma minuciosa, as palavras mencionadas na lei (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 51/53).

Por outro lado, o conteúdo da defesa deveria se restringir à incidência, ou não, da fórmula legal ao fato descrito pelo autor quando da apresentação do seu pedido. Não é demais lembrar que o autor se comprometia a fazer com que o réu comparecesse em juízo, podendo se utilizar, inclusive, e se o caso, da chamada *legis actio per manus iniunctionem*, ação que o permitia, até mesmo, agarrar o demandado e conduzi-lo ao tribunal (PAULA, 2002, p. 39).

Algumas considerações de ordem prática quanto ao desenvolvimento do processo civil romano apontam no sentido de que, durante os períodos *legis actiones* e *per formula*, a atividade de instrução acontecia na fase *in iudicium* (que juntamente com a fase *in iure* compunha o procedimento estabelecido para a época e que era denominado *ordo iudiciorum privatorum*), oportunidade em que a tarefa do juiz era a de saber se os fatos aduzidos pelas partes, efetivamente, existiam e se justificavam as conclusões então estabelecidas, proferindo-se, por fim, sentença (PAULA, 1999, p. 37).

Era nítido que o procedimento então estabelecido não se apresentava como um conflito entre teses divergentes, inexistindo racionalidade no ato decisório que era prolatado, pois sua formação era assentada nos juízos divinos ou através de sinais divinos provocados com tal finalidade (WALTER, 1985, p. 14).

³ José Cretella Júnior (*Direito Romano Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297/298), aprofundando um pouco mais na hierarquia concebida para os juízes da época, a divisão estabelecia três figuras: *superiores*, *ordinários* e *pedâneos*. Os primeiros eram os dois imperadores, que julgavam em qualquer instância, mas que deliberavam, regra geral, em superior instância, dando a última palavra sobre as decisões das controvérsias que lhes eram apresentadas. Já os *ordinários* eram as autoridades judiciárias situadas logo abaixo dos juízes *superiores*, enquanto que os *pedâneos* ficavam como responsáveis pelo julgamento dos processos menos relevantes.

Aceitavam-se como meios de prova, no período das *legis actiones*, a confissão, o juramento e o testemunho, observando-se, à época, que apenas homens livres poderiam figurar como testemunhas, decorrendo que a importância de suas declarações se assentava no caráter e na posição social da pessoa. Outra hipótese de valoração da prova oral encontrava-se inserida na possibilidade de que a aludida verbalização fosse apresentada por escrito, ocasião em que recebia, porém, menor peso do que aquela primeira.

Com o período formular (coincidente com o início das grandes conquistas romanas e com o advento do Império Romano), porém, o processo passou a ser público, em verdadeira oposição ao período anterior das *legis actiones*, desempenhando, o magistrado, um papel quase totalmente passivo. Aqui, a prova documental ganhou corpo e passou a ser, juntamente, com a prova testemunhal, a mais importante (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 125). A propósito, relativamente à instrução, escreve Jônatas Luiz Moreira de Paula:

[...] já se aplicava o princípio ora denominado *iura novit curia*, razão pela qual não se obrigava às partes provar a existência e eficácia de determinada norma jurídica, devendo as partes, por isso, restringir-se à prova das questões de fato: os fatos narrados na *intentio* (autor) e os fatos narrados na *exceptio* (réu). Os meios de prova eram os seguintes: sentenças precedentemente prolatadas (*praeiudicia*), opinião pública (*fama atque rumores*), tortura (*tormenta*), documentos (*tabulae*), juramento (*ius iurandum*), testemunhas (*testes*) e a confissão (*confessio*), que poderia ser prejudicial ou extrajudicial. Também pode ser arrolada como meio de prova a inspeção judicial. (PAULA, 2002, p. 64/65).

Complementa o referido autor, relativamente à instrução, propriamente dita, no período *per formula*:

No que se refere à instrução, duas lições foram assentadas: o *onus probandi* cabia ao autor (*onus probandi incumbit ei qui agit*) e quem invoca uma exceção deveria suportar o ônus da prova como se fosse o autor (*reus excipiendi fit actor*). Essas regras se mantêm hodiernamente no direito processual brasileiro (art. 333, I e II, CPC). No processo formulário, o julgador tinha o poder da livre convicção, daí que não ficava adstrito ao resultado da prova, ao contrário da livre valoração, que predominava em Roma como resquício das *legis actiones*. (PAULA, 2002, p. 65).

Quanto ao período da *cognitio extraordinaria*, caracterizado, justamente, por ser liberado da ordem (razão pela qual era também conhecido como processo *extra ordinem*), embora não fosse desorganizado, como se imaginava, compreende-se

que o mesmo se pautava por uma riqueza e independência dos juristas e da jurisprudência romana.⁴

Importante é destacar, ainda, 3 (três) aspectos que se relacionam à prova testemunhal produzida durante o período da *cognitio extraordinaria*. O primeiro diz respeito ao fato de que a fala de uma única testemunha carecia de valor probatório. O segundo, nitidamente discriminatório (porém, reflexo do pensamento à época), apontava no sentido de que a declaração de testemunha de elevada posição social tinha mais valor do que a declaração das testemunhas de classes sociais inferiores. Já o terceiro e último aspecto (de cunho nitidamente religioso) era relacionado às declarações prestadas por hereges e judeus nos litígios contra cristãos, vez que a elas não deveria ser outorgada a devida fé (JUSTO, 2000, p. 401).

Há que se mencionar, por oportuno, que proibia-se, no aludido período, o testemunho de parentes consangüíneos, institucionalizando-se, ainda, a regra *testis unus, testis nullus* (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 146 e 156).

Em termos probatórios, ainda, admitiam-se as seguintes espécies de documentos: *a)* os *acta* (ou *gesta*), que seriam aqueles documentos redigidos por oficiais públicos, fazendo prova plena e perpétua; *b)* os *instrumenta publica*, que seriam os documentos propriamente ditos, então elaborados por pessoas que exercem uma profissão semelhante à notarial (*tabelliones*); *c)* os *chirographa*, que

⁴ No que interessa, particularmente a respeito das provas, as seguintes normas foram apontadas por António dos Santos Justo: “1. a lex passa a regulamentar paulatinamente o procedimento probatório, reflectindo a evolução política e jurídica. Em consequência, a liberdade do *iudex privatus* na valoração da prova vai-se atenuando progressivamente. Já na época clássica, a *iurisprudencia* formulou certas regras que, agora na *cognitio extra ordinem*, são fixadas pela *lex*. Ao mesmo tempo, estabelece-se uma ordem de preferências e disciplina-se a apreciação de cada um dos meios de prova. Isto é, passou-se do sistema da livre apreciação da prova para o da prova legal; 2. entretanto, o uso generalizado de redigir documentos que reflectem os actos solenes e não solenes levou Justiniano a promulgar várias *constitutiones* sobre a forma dos negócios; e a impor uma preferência da prova documental (*instrumenta*) sobre a testemunhal. Constantino ainda dotara de igual valor as provas documental e testemunhal, mas uma *constitutio* de data incerta afirma expressamente que ‘*contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*’; 3. por outro lado, a primazia do magistrado sobre a actuação dos litigantes determinou a maior expansão do princípio da livre investigação: independentemente da prova produzida pelas partes, o magistrado pode recorrer a outros meios de prova (*v.g.*, a peritos, ao juramento supletório, às *interrogationes*, etc.) se os considerar necessários à formação da sua convicção; 4. quanto ao *onus probandi*, regem os mesmos princípios fixados pela *iurisprudencia* clássica no processo das fórmulas. O ónus da prova de factos incumbe a quem pretender retirar consequências favoráveis: ao demandante, para fundamentar a sua pretensão; ao demandado, para sustentar uma reconvenção ou uma *exceptio*. Mantém-se o antigo princípio de que, nos processos reivindicatórios, basta ao possuidor demandado, para ser absolvido, que o demandante não prove o direito que alega; 5. continua igualmente a entender-se que a prova deve versar sobre factos porque o magistrado-juiz deve conhecer o direito aplicável. Porém, o magistrado não deixa de considerar as normas invocadas pelas partes” (*Direito Privado Romano – I – Parte Geral*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 398/400).

seriam os documentos redigidos por particulares, cujos valores probatórios dependiam do número de testemunhas que nele intervinham frequentemente (JUSTO, 2000, p. 401/402).

Por fim, no que concerne à prova pericial, os técnicos eram agrupados em 3 (três) classes: *a*) os calígrafos; *b*) os agrimensores; *c*) os médicos e as parteiras. Elaborados os respectivos laudos, ao juiz era conferida ampla liberdade para avaliação de cada um dos conteúdos (JUSTO, 2000, p. 402).

2.2 Panorama do Processo Civil na Era Média: a evolução do conhecimento e a verdade, não mais como fruto do convencimento de quem julga

A Era Média, historicamente, é período longo, compreendido entre a queda do Império Romano no Ocidente (476 d.C.) e a queda de Constantinopla (atual Istambul) no ano de 1.453 d.C., o que equivale a, aproximadamente, 1.000 anos de história do mundo ocidental.

Assim, tendo desaparecido o Império Romano no Ocidente, o modelo de processo então adotado passou a se basear em casos especiais e nos costumes (LOPES, 2000, p. 69).

Com a invasão germânica na Península Ibérica, começaram a ser formados os Estados Germânicos, fazendo-se notar a influência do direito daquele povo através da *Lex Visigothorum Recesvindiana*, *Liber Iudiciorum*, *Liber Iudicium*, *Forum Iudicium*, também conhecidos como *Código Visigótico*, datado da metade do século VII, que atrelava o juiz ao dever de buscar a verdade mediante a livre apreciação da prova, com forte destaque ao papel exercido pelas provas documental e testemunhal. Havia, porém, sinais de preservação do Direito Romano em algumas localidades, mais precisamente nos territórios invadidos pelos lombardos, evidenciados pela diversidade dos meios de prova disponíveis (ENGELMANN, 1969, p. 422).

Durante toda a Alta Era Média, prevaleceu o modelo vigente na realidade germânica. Assim, a incumbência de julgamento da lide antecedia a atividade instrutória, fixando-se qual a prova, o modo e o lugar no qual a mesma deveria ser produzida. A atividade instrutória, assim, tinha o objetivo de satisfazer a forma prescrita em contrato firmado pelas partes. Outro ponto relevante diz respeito ao conteúdo ético da referida produção probatória, já que sua finalidade também era a

de restabelecer a honra daquele que se considerava pessoalmente ferido (WALTER, 1985, p. 48).

A verdade é que para cada modelo de ação, cabia uma diferente maneira de defesa e uma decisão, específica, sobre as regras do ônus da prova e os meios considerados lícitos ou necessários. O que as partes procuravam fazer é buscar a garantia do direito à prova, cabendo ao julgador decidir a qual das alegações correspondia o direito à prova (ENGELMANN, 1969, p. 135).

Os instrumentos de prova então aceitos eram o juramento, o duelo e as ordálias.

Relativamente ao uso da prova oral, a testemunha, tão-somente, efetuava um juramento no sentido de confirmar as alegações de uma determinada parte, sustentando ter conhecimento da procedência de sua fala por inferência ou por confiança na pessoa do litigante (ENGELMANN, 1969, p. 158). Somente prestava juramento quem estivesse convencido do seu direito. Interessante contribuição do jurista português Francisco Augusto das Neves e Castro convém ser destacada:

O juramento ou a invocação da Divindade para confirmação da verdade d'um facto que se alega, não podia deixar de ter um grande uso na legislação dos povos primitivos, sobre os quaes a religião tinha uma poderosa influencia, sendo que tem por base a propria crença dos homens, no que diz respeito a uma justiça suprema e onnipotente. Phytagoras julgava que o mundo tinha por origem um juramento por Deus, cuja consequencia era a sua criação. Uma tal explicação, como todas aquellas que se dão do mysterioso problema da origem do mundo, é mais incomprehensivel do que o proprio facto que pretende explicar-se. (CASTRO, 1880, p. 21).

As ordálias eram uma espécie de prova judiciária, consistente na utilização de símbolos ou de duelos que poderiam indiciar a verdade e a justiça da demanda mediante intervenção de Deus. Consistiam em submeter “o acusado a uma certa e determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sahir d’ella com vida se fosse culpado. Esta espécie encontra-se entre quase todos os povos primitivos” (CASTRO, 1880, p. 17/18). Citam-se como exemplos o uso do ferro em brasa para a acusação de adultério, o duelo e o combate judiciário.

A propósito do duelo, compreendia-se que o mesmo se baseava na crença de que as forças divinas ajudariam a parte triunfar na busca da justa proteção devida ao seu direito (WALTER, 1985, p. 48).

Ponto igualmente de destaque se refere à ordem que deveria ser observada nos meios de prova. O juramento era, sem dúvidas, a prova mais simples, porém a mais importante de que dispunham as partes. Assim, a parte deveria censurar a afirmação da outra, caso desejasse evitar que a lide fosse resolvida através do juramento. Passava-se, então, ao duelo e, em havendo dificuldades na sua produção, passava-se, por fim, às ordálias (WALTER, 1985, p. 49/50).

O que se observava era que o fato de a produção de prova ser considerada necessária somente em relação a fatos controvertidos, evidenciava o comprometimento do próprio sistema com a noção de verdade. Assim, se o fato alegado por uma das partes fosse admitido pela outra, então não haveria necessidade de produção de provas. Dentro da rigidez estabelecida por ocasião da atividade probatória, conclui-se que, por ocasião do julgamento, toda alegação considerada efetivamente provada seria verdadeira.

É importante que se mencione que o notável crescimento do papel da dialética não fez desaparecer, por total, a retórica, notadamente quando da transição entre as duas grandes fases da Era Média. A retórica, ao inverso, passou a ser um freio daquelas tendências nitidamente formalistas e passou a interagir com outros campos, como a Teologia e o Direito.

Nota-se, então, o estabelecimento de uma nova ordem, esvaziando todo aquele conjunto de meios ritualísticos de prova associados ao sobrenatural, introduzindo-se técnicas de cunho racional para fins de análise crítica das provas disponíveis.

O que fica claro, diante de tal mudança, é que o objetivo da atividade instrutória passa a ser o de convencer o juiz ou o júri, dependendo do caso, possibilitando-se a elaboração de uma teoria jurídica da prova construída a partir de uma lógica da argumentação. O conceito de prova, nesta qualidade, era o de um instrumento para a persuasão do magistrado através da argumentação construída pelas partes.

Partindo da idéia da falibilidade do pensamento humano nos raciocínios práticos, surge, em termos de prova, um sólido regime jurídico baseado na lealdade dos sujeitos do debate, na igualdade entre as partes e na livre apreciação da prova. A propósito desta última característica, a prova testemunhal acaba por ganhar contornos diferenciados, pois sua admissibilidade e validade vêm condicionadas ao fato de que a testemunha somente poderia trazer ao debate conhecimentos obtidos

a partir de sua percepção sensorial, não sendo lícito, de outro lado, fazer inferências a partir daquilo que efetivamente é de seu conhecimento.

A distinção entre “fato percebido” e “fato deduzido” ou “inferido” funciona, então, como um marco para separar o papel da testemunha em relação à tarefa do julgador, atuando como uma das várias regras de exclusão consideradas para fins de determinação do quadro a ser tomado em conta pelo julgador para a construção de sua decisão. É justamente a consciência quanto à falibilidade humana que impõe o dever de o testemunho ser valorado, evidentemente sempre com respeito ao contraditório (ENGELMANN, 1969, p. 481).

Foi a partir da metade do século XIII que os valores que sustentavam o *ordo iudiciarius medioevale* começaram a ser alvo de críticas. As regras concernentes à produção de provas saem da retórica e passam a ser fruto de princípios lógicos de outra dimensão: o postulado fundamental é o do caráter progressivo do conhecimento (GIULIANI, 1988, p. 537/539).

As consequências foram imediatas, notadamente o fato de a dialética, anteriormente inserida no domínio da opinião, gradualmente se transformar em uma ciência absoluta (GIULIANI, 1961, p. 156/157).

Já ao final do século XIII, a verdade judicial (formal) passa a ser considerada uma forma de racionalização da verdade real. A decisão quanto à verdade fática deixa, então, de ser fruto do convencimento do juiz, culminando com o advento do sistema da “prova legal”, definidor de que a valoração da prova passa a ser estabelecida, previamente, pelo próprio ordenamento jurídico.

Havia uma vontade premente de regulamentação da atividade de produção de provas no regime processual canônico, à época, motivo pelo qual, buscando a racionalização procedimental, instituiu-se o procedimento sumário como decorrência do decreto papal *Clementina Saepe* (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 57, 59/60). O objetivo não era o de deixar de examinar o problema em sua plenitude, mas, sim, o de prestigiar a forma oral e reforçar os poderes instrutórios do juiz.

Mais ainda, o objetivo a ser alcançado no processo canônico era o de atingir a verdade dos fatos, tanto que a decretal *Cum Causam* estabelecia que o valor a ser atribuído aos diversos meios de prova dependia do grau de certeza que cada um deles era capaz de produzir.

A verdade maior é que o início do século XIII na realidade germânica traz, efetivamente, uma nova feição em termos probatórios, vez que o perfil da sociedade

se alicerçava no aumento das transações comerciais e na conseqüente necessidade de se fazer maior uso de instrumentos escritos relacionados ao registro, justamente, de tais transações, passando a ser valorizada a prova documental que, sob tal contexto, passou a ter condição de prevalência em relação à prova testemunhal. Outro ponto que bem demonstra a nova feição foi o desaparecimento gradual das ordálias, as quais passaram a ser proibidas a partir do ano de 1.215.

Por obviedade, concluiu-se que o objetivo da prova era o de convencimento do magistrado a respeito da verdade real. Assim, em havendo conflito entre as afirmações de duas testemunhas a respeito de um determinado fato, a decisão acabava sendo tomada com base na livre apreciação da prova (WALTER, 1985, p. 54/55).

Esta situação singular de possibilidade de conhecimento imediato das fontes de prova pelo julgador acaba funcionando como uma justificativa para a adoção de um modelo que, no final do século XV, apresentava na livre apreciação da prova uma de suas principais marcas. Já se observava uma passagem para um modelo de prova tarifada, resultado direto da intervenção do soberano na regulamentação do *ordo iudicarius*.

Seja na realidade italiana, seja na realidade germânica, fato é que o processo romano-canônico era considerado causa de desordem na administração da atividade jurisdicional, motivo pelo qual a edição normativa do Estado passou a ser considerada a forma mais apropriada para que se possa estabelecer uma certeza dos padrões morais a serem observados.

Na realidade germânica, propriamente dita, surge um novo modelo de processo em tema de prova (extremamente detalhista) que abrange institutos da primeira etapa da Baixa Era Média e outros contemporâneos, como, por exemplo, a bilateralidade na atividade probatória. A oitiva de testemunhas sem a presença da parte contrária, o aumento do emprego de juramentos e o reforço dos poderes do juiz coexistiam em uma mesma realidade na qual tinham lugar o uso de prova documental e a garantia de que as partes teriam acesso a todas as provas ulteriormente produzidas.

A prolação de uma decisão, assim, se assentava na determinação do tema a ser provado, nas regras sobre o ônus da prova e nos prazos dentro dos quais deveria ocorrer a produção de provas. Em seguida, vinham as fases de especificação, produção ou recepção e determinação das provas. A decisão final,

portanto, buscava a obtenção da verdade de acordo com o especificado pela prevalente teoria da prova legal, bem retratando as novas orientações sobre a formação do processo civil em vigor à época.

2.3 Era Moderna: um novo pensar

O início da Era Moderna acontece a partir da queda do Império Bizantino no ano de 1.453 e prolonga-se até a Revolução Francesa, no século XVIII, tendo havido, porém, outros fatores que contribuíram para o surgimento de uma nova forma de pensar, na ocasião, de construção de novas normas de conduta para os homens.

Um dos fatores, a título exemplificativo, foi a chegada do europeu ao novo continente, via marítima (Cristóvão Colombo nas Américas, 1.492; Vasco da Gama no Extremo Oriente, em 1.498; Fernão de Magalhães com a circum-navegação do globo terrestre em 1.518/1.522), uma vez que mal sucedido o caminho terrestre para as Índias nas chamadas Cruzadas Religiosas.

Mais ainda, na Itália surge o movimento Renascentista, amparado pela classe burguesa e que busca colocar, novamente, o homem no centro do universo, tendo havido descobertas científicas (Nicolau Copérnico, Galileu Galilei, René Descartes, dentre outros) que bem refletiam o novo pensar a que fizemos referência.

A despeito de tamanha ebulição cultural, o que se viu, em termos processuais, foi um movimento retrógrado ao pensamento que se expõe na presente pesquisa, vez que buscava suceder ao praxismo indicado no período anterior, designando-se por processualismo, oportunidade em que se almejava (como se conseguiu) um maior tecnicismo do Direito (desprezando sua operacionalidade), tornando seus operadores menos politizados, ou como dizia Ovídio Araújo Baptista da Silva, “escravos do poder” (SILVA, 1997, p. 219).

O método utilizado pelo processualismo era o científico (ou autonomista), através do qual se buscava expulsar da disciplina processual todo e qualquer resquício de direito material, a fim de que pudesse ser justificado o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo.

Identificava-se, assim, uma racionalidade muito mais teórica, positivista, tendente a colocar, em primeiro lugar e acima de qualquer coisa, o problema da norma jurídica, o que somente enaltecia o sistema da prova legal, da livre convicção,

da predominância do elemento escrito (LOPES, 2002, p. 21) e da ausência de publicidade, com reduzida influência da dialeticidade. Assim, ficava claro que havia uma tendência à norma emanada do Estado em que a tarefa do julgador ficaria restrita a descobrir a *mens legis*, verdadeira onipotência, o que fez com que o Processo Civil ficasse estagnado nas questões técnicas, tão-somente.

2.4. Era Contemporânea: a força inequívoca do pensamento liberal e o reducionismo da formalidade

O regime processual vigente na maior parte do território germânico tinha origem nos costumes e, naturalmente, sofria forte influência do Direito Romano e dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Sacramentava-se, então, a teoria da prova legal, devidamente reconhecida em procedimento no qual era considerado nulo o julgamento baseado em provas não-documentadas nos autos e garantido o direito da parte a ser ouvida antes de ser proferida a sentença (WALTER, 1985, p. 85).

As críticas, porém, foram sucessivas quanto ao sistema vigente, notadamente em relação ao princípio da eventualidade, ao sigilo do procedimento e ao uso de terminologia de língua estrangeira, não acessível ao cidadão comum. Mais ainda, a excessiva rigidez no emprego da forma documental era outro ponto que somente enaltecia o formalismo, tal qual o completo esquecimento das regras de experiência.

As respostas apresentadas para a melhoria do sistema como um todo traziam consigo uma nova idéia de racionalidade. O surgimento do *Codex Marchicus*, em 1748, preconizava que o cabia ao autor demonstrar, plenamente, o fundamento de sua pretensão, nos exatos termos da *forma probandi* estabelecida, havendo, ainda, uma ordenação hierárquica dos meios de prova. Era o pensamento da escola jusnaturalista que encontrava no sistema da prova legal as sugestões que deveriam ser seguidas para fins de tentativa de superação dos limites da verdade provável.

Juntamente com o *Codex Pomeranicus*, ambas as legislações delineavam um caminho que rumava à construção de uma codificação unificadora das normas de direito processual que vigoravam em todo território germânico, situação que se consolidou no final do século XVIII.

O advento do *Allgemeine Gerichtsordnung für die preussische* consagrou o posicionamento de que às partes era dada a obrigação de fornecer ao magistrado todo o apoio para a obtenção da chamada verdade real, o que somente fez reforçar o sistema da livre apreciação da prova.

O que se delineava, de maneira clara, era o pensamento segundo o qual a investigação da verdade de uma maneira direta e segura somente poderia advir de um ordenamento processual ditado por governantes iluminados e aplicado por juízes dotados de razão.

A verdade é que a adoção de um modelo de processo traduzido na acentuada aplicação do princípio inquisitório não alcançou o êxito que se esperava. Não somente o excessivo volume de trabalho, mas, também, a dificuldade de manter a sua imparcialidade, foram conseqüências da aplicação da metodologia estabelecida naquela última codificação alemã (ENGELMANN, 1969, p. 593/594).

Novos diplomas processuais foram editados em 1.833 e 1.846, alicerçadas no princípio dispositivo como solução, limitando os poderes dos juízes. Inicialmente pensada para as causas de pequeno valor em um procedimento sumário, a legislação acabou sendo adotada, mais adiante, como regra geral (ENGELMANN, 1969, p. 594/595).

As novas ordenanças surgidas ao longo do tempo eram fomentadas pelo desejo de um procedimento dotado de oralidade e de publicidade, características das idéias tipicamente liberais, o que somente fez reforçar e conferir mais espaço para o sistema da livre convicção em detrimento do sistema da prova legal.

O advento do *Zivilprozessordnung* alemão em 1.877, resultado das idéias influentes naquele momento histórico do pensamento liberal, trazia em seu teor uma diminuição da rigidez formal na apresentação das provas e um marcante rompimento com o sistema legal anterior. As partes passam a poder dispor livremente quanto ao objeto da lide, fazendo com que seja atribuído, ao juiz, um papel mais passivo no debate processual.

Este mesmo sentimento acima alinhavado também era encontrado nas entrelinhas do Código de Processo Civil italiano, de 1.865, que não acolheu, porém, a idéia de maior simplificação do procedimento, proporcionando a multiplicação de decisões interlocutórias passíveis de recurso. Aqui, a atividade instrutória era desenvolvida entre as partes e por sua iniciativa, sem a intervenção judicial.

Em 1.895, surge o *Zivilprozessordnung* austríaco, justamente durante o período em que tentava-se a reforma da legislação processual italiana e germânica.

Todavia, somente com a reforma do Código de Processo Civil alemão, em 1.933, verdadeiro fruto de uma evolução histórica, é que se nota uma superação do modelo anterior, destacando-se, quanto à produção de provas, o reforço do princípio da imediatidade do juiz. Como resultado, ainda, são atribuídos ao magistrado alguns poderes de direção processual e outros poucos poderes instrutórios, mantendo-se íntegro o princípio dispositivo.

A contrarreforma de 1.950, porém, tornou a reduzir os poderes do juiz, situação que somente ganhou novos contornos a partir das reformas introduzidas na última década do século XX, mais precisamente nas alterações introduzidas no Código de Processo Civil italiano em 1.995 e 1.997.

2.5 Sistematização dos modelos históricos: *experimentum*, *ratio* e *argumentum*

O contexto histórico estudado anteriormente contribui sobremaneira para a devida assimilação da realidade contemporânea. Compreender o conceito e a função da prova no processo civil, identificando todos os modelos paradigmáticos, permite melhor absorver a real finalidade da prova e delimitar os papéis dos participantes do debate procedimental.

Alessandro Giuliani, jus-filósofo italiano que estudou, de forma aprofundada, o instituto da prova apoiado na relação jurídica processual preconizada por Büllow⁵, e cujas idéias povoaram a segunda metade do século XX, afirmou que toda a ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas (e que, portanto, o direito não sobreviveria sem a prova), tendo sido o responsável por estabelecer três modelos fundamentais a respeito do conceito e da função da prova: a prova como *experimentum*, a prova como *ratio* e a prova como *argumentum* (GIULIANI, 1988, p. 524/529).

A prova como *experimentum* constitui-se em técnica de aquisição de informações sobre uma hipótese segundo uma ordem progressiva, cuja finalidade é a de esgotar o campo investigativo. Fazendo uma analogia com um pesquisador histórico, o magistrado aqui também se utiliza de raciocínio demonstrativo para

⁵ Sua obra de fôlego a respeito da prova, intitulada *Il Concetto di Prova: contributo ala Logica Giuridica*. Milano: Giuffrè Editores. 1971, também é abrangida neste trabalho de pesquisa.

retratar relações de causa e efeito entre os eventos, buscando clareza na definição. Assim, não sendo possível a obtenção da verdade real, as lacunas acabariam sendo completadas com a utilização de cálculos de probabilidade (GIULIANI, 1988, p. 527), materializados nas regras relacionadas à prova legal ou à repartição do ônus da prova.

A prova como *experimentum* pode ser vista, historicamente, quando a livre apreciação da prova se mostra acompanhada de uma concentração dos poderes instrutórios nas mãos do magistrado. Atualmente, são vários os enfrentamentos para sua aplicabilidade prática, fundamentalmente em razão do espírito de economia e celeridade da investigação e na utilização dos critérios de probabilidade baseados em fórmulas matemáticas, algo inviável e incompatível com o que exige o processo civil contemporâneo.

A equiparação entre os papéis exercidos pelo juiz e pelo historiador, partindo-se da premissa de equiparação entre prova jurídica e prova lógico-científica, não pode ser tomada como adequada, daí porque a inconsistência do seu reconhecimento, uma vez que aquele primeiro trabalha com versões conflituosas (e somente apreciando as questões devidamente inseridas nos autos) debatidas num modelo dialético em que a obtenção da verdade é também sinal de êxito da controvérsia, ao contrário do que se passa com o historiador. Não se quer afirmar que o historiador não lida com versões conflituosas, mas que tem a ampla possibilidade de investigar o que quiser, diferentemente do juiz que fica atrelado aos fatos narrados pelas partes.⁶

Por sua vez, o modelo de prova como *ratio* se lastreia na própria razão, como a terminologia sugere, caracterizando-se pela aceitação da idéia de verdade formal como elemento preponderante para acabar com o subjetivismo da decisão emanada do órgão jurisdicional. A transição do modelo anterior (prova como *experimentum*) para o presente modelo revela que não haveria necessidade de demonstração da verdade dos fatos alegados nos autos, mas somente da consideração de provas produzidas de acordo com os parâmetros objetivos de racionalidade (GIULIANI, 1988, p. 527/528).

⁶ Interessantes posicionamentos neste sentido são anotados por CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*. Rivista di Diritto Processuale, n. 56, 2001 p. 73/103; CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. Rivista di Diritto Processuale Civile, n. 16, 1939, p. 105/128.

O fundamento da *ratio* serviu como parâmetro para a construção dos referenciais históricos da prova legal e, também, da livre apreciação da prova.

Sua principal característica é o fato de que, às partes, eram conferidos poderes instrutórios em proporção maior às deliberações que o juiz podia adotar, na instrução, para o caso concreto. Evidencia, via de consequência, a limitação das faculdades humanas quando necessitam construir situações pretéritas que, como se sabe, nem sempre deixam rastros possíveis de serem observados diretamente, privilegiando o pensamento de que fundamental é a solução rápida e racional do conflito, mas não a investigação da verdade real (GIULIANI, 1988, p. 527).

A evolução do raciocínio conducente à busca de um modelo de prova, no caso, baseado na racionalidade, trouxe prós e contras, consignando-se, como aspecto negativo, o entendimento de que a verdade não seria o resultado a ser almejado ao final da demanda, estando reduzida a uma simplória observação da legalidade no debate travado nos autos.

Por fim, o modelo de prova como *argumentum*, em linha notoriamente evolutiva às propostas anteriormente examinadas, tende a uma revalorização da retórica como instrumento que possa retratar a verdade, deixando de compreender como único método científico possível de adoção para o retrato da realidade fática.

A particularidade do entendimento da prova como argumento reside no fato de que, para cada tipo de controvérsia haveria provas diferenciadas a serem produzidas, sendo que as regras sobre ônus da prova correspondiam às razões de caráter lógico, e também ético, é dizer, a reconstrução da realidade histórica não podia ser dissociada da valoração probatória. Assim, tudo ocorria num diálogo participado pelos sujeitos do processo, conduzido por um juiz imparcial.

É preciso que se entenda que os maiores obstáculos do modelo que melhor retratou tal concepção, o *ordo iudicarius medioevale*, foram enfrentados, em razão de amadurecimento cultural visivelmente constatado, a uma, através do compromisso ético do próprio ordenamento processual com a obtenção da verdade, revelando um padrão moral mínimo a ser seguido, a duas, por meio da fixação de um procedimento baseado no equilíbrio entre retórica e dialética.

Neste sentido, o alcance da prova cível, acorde com os argumentos trazidos pelos sujeitos do processo, desenvolvidos numa racionalidade que entremeia a retórica e a dialética, passa pelo exame da norma que, por sua vez, acaba servindo

como critério para que sejam identificadas as narrativas históricas consideradas juridicamente relevantes.

Por outro lado, é possível, ainda, reconhecer que a natureza retórico-dialética da argumentação se assenta nas alegações descritas nos autos, veiculadoras que são das versões possíveis de uma realidade histórica que nem sempre pode ser descrita de maneira uniforme.

O que se percebe, a título conclusivo, é que a investigação em perspectiva histórica, não obstante tenha possibilitado reconhecer os 3 (três) grandes modelos a que se fez referência, verdadeiros parâmetros de controle da racionalidade do discurso judicial, demonstrou que a prova como *argumentum* é aquela que melhor identifica um modelo que explique a prova cível no contexto atual, pois há a possibilidade, concreta, do exercício de influência na atividade de formação do provimento.

É preciso que se tenha uma preocupação com a racionalidade, mas com uma racionalidade que, na ordem vigente, compreenda, de forma objetiva, a repartição das atribuições dos sujeitos do processo de forma a garantir a total imparcialidade do juiz e o respeito maior à obediência da garantia do contraditório, mesmo porque o debate processual realizado de forma dialética, com a interferência e permanente atuação daqueles mesmos sujeitos no processo da construção do provimento, é o pilar que norteia o princípio democrático.

3 A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Como afirmou Jeremy Bentham (1971, p. 10), a “arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”.

Decorrência do pensamento acima mencionado é o fato de que a prova, após ser produzida, o que significa compreender que já foram superadas as fases de requerimento (ou proposta) e de admissão (art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal), a primeira consistente no pedido formulado pela parte (autor ou réu) no sentido de, utilizando-se de um específico meio probatório, demonstrar um fato ou uma situação, e a segunda como parte de um juízo de avaliação (objetivo) acerca de sua utilidade e cabimento, passa a ser incorporada aos autos do processo, saindo, portanto, da sua esfera de origem.

Assim, firmada a prova, seus efeitos se espalham para todos os sujeitos processuais, oportunidade em que se procederá à sua “valoração” e “valorização”, temas abordados em itens próprios no capítulo 5.

A atividade instrutória, então, se consubstancia no procedimento instaurado com o objetivo de trazer ao processo e a todos os sujeitos (juiz e partes) os elementos necessários à construção do ato decisório. Não se trata, assim, de provar qualquer fato, mas somente aqueles que, de uma forma ou de outra, relacionem-se diretamente à formação do convencimento.

Far-se-á, no exame do presente capítulo, uma incursão pelos principais aspectos inerentes à teoria da prova no processo civil contemporâneo, procurando demonstrar o correlacionamento existente entre cada um deles e a necessidade de sua integral compreensão no que concerne ao aspecto funcional.

3.1 Prova e estrutura procedimental: a importância da técnica da cognição

A cognição se reveste, fundamentalmente, de importantíssima técnica de adequação processual à natureza do direito ou à característica peculiar da pretensão que se quer ver tutelada. Assim, diante do que se propõe expor no corpo da presente tese, no sentido de que o Estado Democrático de Direito somente se legitima se o direito fundamental à prova for respeitado na sua inteireza (de forma isonômica e efetiva), legitimando-se, futura e igualmente, os provimentos emanados

no exercício da função jurisdicional, conhecer o referido instituto de forma mais aprofundada se mostra imprescindível.

O desenrolar procedimental tradicionalmente adotado precisa, pois, mais do que uma revisitação, precisa de novos contornos que contribuam para o aperfeiçoamento pleno da atividade probatória.

Conceituar o que seria o ato cognitivo em si não é tarefa das mais fáceis, cabendo destacar, antes de adentrar na abordagem histórica propriamente dita da evolução das técnicas cognitivas, a fim de melhor equacionar o pensamento que alicerça a pesquisa, os posicionamentos de dois juristas que bem retratam seu caráter prevalentemente lógico.

Dentro dessa linha de raciocínio, Kazuo Watanabe, profissional que há tempos se debruça sobre o estudo da cognição e seus aspectos mais relevantes, assim se manifesta:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo. (WATANABE, 2012, p. 67).

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, esclarece:

Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita. Essas atividades intelectuais, instrumento da atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a cognição do juiz. E, naturalmente, uma vez que a cognição é tão necessária para receber como para rejeitar a demanda, a análise dessas atividades pertence à doutrina da relação processual. (CHIOVENDA, 1998, p. 217/218).

O que se percebe, diante do exposto, é que a acepção tradicional entende a atividade de cognição como exclusiva do juiz, sendo prevalentemente lógica, mas, também, com componentes de caráter não intelectual. Assim, cabe ao julgador, diante da demanda que lhe fora submetida, e valendo-se de sua intuição, convicção, vivência e *inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial,*

intuitivo, cultural e outros mais (WATANABE, 2012, p. 69), analisar e avaliar as provas apresentadas pelas partes para, ao final, proferir a decisão concreta.⁷

Concentra-se, então, nas mãos do juiz, de forma até mesmo soberana (o que, evidentemente, não compactua com o raciocínio que ora expomos), a atividade cognitiva voltada ao provimento final. É aquilo que se chamou, doutrinariamente, de *aplicação jurídica solitária e sensível pelo julgador* (NUNES, 2008, p. 98), consoante raciocínio de Oskar Von Büllow, estruturador da autonomia do Direito Processual, cujo entendimento apontava que a relação jurídica processual encontrava-se, lastreada exclusivamente na figura do juiz, considerando as partes como meros colaboradores.

Seria o juiz, então, um verdadeiro mensageiro do sentimento jurídico de um povo, a autoridade (mito criado) que acalentaria os desígnios da coletividade, o que retrataria uma visão privilegiadamente solipsista e que o consideraria o único protagonista do processo.⁸

O pensamento idealizador do protagonismo judicial, apontando a figura do juiz como o único responsável pela solução dos problemas e mazelas do sistema, porém, sucumbiu à evolução da ciência jurídica ao longo dos anos, como se verá, em seguida, impondo-se, portanto, reconhecer a necessidade de revisitação.

A questão é simplória. A partir do momento em que o ideal democrático deve possibilitar a ampla participação do cidadão na formação do provimento, aceitar o pensamento de que o exercício da função jurisdicional pacifica as relações sociais, que o processo é meio de realização da justiça e que o juiz é o salvador exclusivo

⁷ Ao tratar da teoria geral da prova no processo penal, Aury Lopes Júnior, em posicionamento doutrinário de destaque, mesmo porque em conformidade constitucional como o próprio autor denomina seus estudos, opta por chamar de “atividade recongnitiva” aquela desenvolvida quando do exame das provas, responsável por fazer com que o órgão judicial cumpra a “reconstrução (aproximativa) de um fato passado”, destacando, também, que “o processo penal e a prova nele admitida, integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença” (*Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. V. 1, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 490).

⁸ Vem bem a calhar o pensamento de Flaviane de Magalhães Barros ao analisar a base reformista na instrumentalidade do processo, que traria embutida o “garantismo” que se pretendeu introduzir com a reforma processual penal lastreada pelas Leis nº 11.690/08 e 11.719/08, alteradoras, respectivamente, do capítulo referente às provas, às partes, aos atos de comunicação, à sentença e ao procedimento comum: “O problema é que se pretende uma legislação processual penal garantista, mas fundada em um juiz penal garantidor, nos termos do paradigma Social, e não em um processo que se funda na participação dos afetados (partes) com iguais possibilidades de influência, argumentação e construção participada da decisão, adequado, portanto, ao Estado Democrático de Direito ((*Re*)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 8).

das relações conflituosas que lhe são submetidas, equivale a um retrocesso sem igual.

O conceito de cognição passa, portanto, pela necessidade inquestionável de participação das partes na formação e na legitimidade do provimento final (argumentação racional vinculando a atividade cognitiva).

Para que melhor se compreenda a importância da cognição na produção probatória, buscar sua origem histórica é caminho nem sempre fácil, verdadeiro desafio, até porque estamos tendenciados a analisar o presente sem tornar os olhos para o passado, acreditando, piamente, na contemporaneidade e nos recursos que ela nos proporciona. A dificuldade, pois, tem seu lastro assentado nas seguintes linhas:

Ademais, enquadrada na Ciência Jurídica, a cognição jurisdicional não contou com uma evolução linear, lógica e de crescente aperfeiçoamento. Se se analisar a história jurídica que a cerca, pode-se concluir que a cognição, assim como o próprio Direito, esboçou avanços e retrocessos, fruto do avançar e retroceder da própria humanidade. De governos democráticos seguiram-se governos religiosos, da paz seguiu-se a guerra. O Direito, enquanto ciência intimamente ligada ao homem, seguiu a mesma sorte de tais variações. (MADEIRA, 2008, p. 48).

Diferenciada a atividade cognitiva, historicamente, nos períodos das *legis actiones*, *per formula* e da *cognitio extra ordinem*, consoante já exposto no segundo capítulo, o direito romano, indubitavelmente, é aquele que melhor aborda o sentido e o significado da cognição, pois da conjugação dos três períodos, conforme se vê, resumidamente, nos próximos parágrafos, é possível inferir que cada um deles apresentava características próprias, sempre tangenciadas a um maior ou a um menor formalismo.

Por óbvio, há que se ressaltar que a Era Média, a Era Moderna e a Era Contemporânea (esta como representatividade da transição do Estado Liberal para o Estado Social) também trouxeram como pano de fundo a necessidade do pensar e do repensar os fundamentos da melhor técnica cognitiva que se adaptasse ao pensamento vigente na época.

Inicialmente, quando o mencionado primeiro período se inclinava para fins de tentativa de uma sistematização na resolução dos conflitos, constatava-se verdadeira incipiência no que concerne à definição do que seria a cognição propriamente dita. A oralidade e a palavra, mais do que qualquer outra preocupação,

tenham significativa importância, bem como os atos de natureza privada, estes sempre preponderantes sobre aqueles de natureza pública, além da estrita imperiosidade de observância da forma.

No período seguinte, igualmente revestido de obediência formal, a lide era conhecida e apreciada segundo determinada fórmula que, nem sempre passível de obediência e cumprimento em cada caso concreto, possibilitava que o então árbitro decidisse conforme a sua consciência. Mais uma vez, a história se deparava com um momento em que não se definia, tampouco se vislumbrava, uma técnica de cognição apropriada para a análise das provas e fundamentos apontados.

Antevendo que a formalidade não seria o melhor caminho na missão de buscar a mais adequada resposta possível para os casos levados ao conhecimento do julgador, o período seguinte da *cognitio extra ordinem* revelou um aperfeiçoamento mais do que considerável na definição de uma técnica cognitiva, uma vez que cabia àquele, de forma exclusiva, trazer para si a presidência dos atos de instrução e o julgamento das lides.

No que se refere às provas, vislumbrava-se, ainda que timidamente, que as partes tinham a possibilidade de exposição mais abrangente de suas pretensões, não sendo por outro motivo que se entende o aludido período histórico como aquele em que a garantia do contraditório teria dado seus primeiros passos. Fato é que a maior conquista advinda dessa mudança de visão se aperfeiçoou com a necessidade de que o julgador, antes de proferir sua decisão para o caso que lhe fosse submetido, efetivamente analisasse os argumentos e teses expostas pelas partes, deixando de ficar restrito às fórmulas indicadas no período anterior.

Ainda que as conquistas oriundas do direito romano pudessem servir, como de fato serviram, para amoldar o entendimento de cognição jurisdicional que hoje se quer no Estado Democrático de Direito, outras interpretações foram conquistadas nos períodos históricos que o sucederam até que se chegasse à inarredável conclusão, nos dias atuais, e dentro de uma crítica abalizada, de não aceitação do modelo ainda prevalente de autoritarismo decisional, e de consagração, por outro lado, da cognição compartilhada entre os sujeitos do processo.

Não se questiona que a ideologia que embasava os modelos passados se assentava no pensamento vigente na respectiva época, ostentando vícios e dificuldades de aplicação prática para o que hoje se almeja. Todavia, não se pode desprezar tudo aquilo que for aproveitável daquela temporalidade, dentro, é claro, do

exercício de uma racionalidade crítica, de uma racionalidade que compreenda o aprendizado com os próprios erros pretéritos (POPPER, 1994, p. 72).

A valorização da história não pode ser amparada na idéia de sua simples reiteração, mas, sim, no respeito e no aproveitamento daquilo que se afeiçoe à necessidade dos novos tempos.

Os desafios a serem enfrentados no Direito Contemporâneo passam pela necessidade de reflexão sobre essas bases históricas, políticas e teóricas do Processo Civil, conformando-as com o novo paradigma que se quer, que se busca para uma prestação jurisdicional que reflita, de forma legitimada, a participação isonômica de todos, não mais o raciocínio antiquado e mais do que ultrapassado de uma separação de papéis na estrutura processual que tenha o juiz, de um lado, com maestria de comando, e as partes, do outro lado, verdadeiramente apartadas da dialética processual.

Com propriedade, Dierle José Coelho Nunes assevera que a estruturação processual, a partir da perspectiva democrática de Estado, somente se legitima através de técnicas que estejam de acordo com tal entendimento e esclarece:

O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial do seu desenvolvimento. (NUNES, 2008, p. 49).

Destarte, a importância do conhecimento da técnica cognitiva implica, via reflexa, no enorme interesse que o estudo do procedimento ordinário desperta nos doutrinadores⁹, modelo que, por sua amplitude, possibilita que as partes discutam qualquer questão envolvida no conflito levado ao conhecimento do órgão jurisdicional, da mesma forma que, ainda que sob o já mencionado viés autoritário, autoriza que se proceda à realização de uma cognição exauriente, aprofundada, sobre as mesmas questões.

⁹ Por coerência mencionar DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição. V. 3, 2004, p. 34; WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44/45; DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Objeto da cognição judicial*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. V. 373, maio/junho 2004, p. 85.

Indubitavelmente, não se pode deixar de compreender que a técnica da cognição encontra-se diretamente relacionada à atividade probatória e seus institutos correlatos.

Num primeiro ponto, a cognição pode ser examinada em relação ao direito material em si.¹⁰ O referencial, quando a cognição é tomada neste sentido, é a própria extensão da matéria a ser analisada nos autos. É por isso que ela é chamada de “cognição horizontal” (relacionada à extensão, à amplitude), podendo ser “plena” ou “parcial”, a primeira sendo própria do procedimento comum, inexistindo qualquer impedimento de que sejam apresentadas e conhecidas todas e quaisquer questões, e a segunda como caracterizadora dos chamados procedimentos especiais, restringindo a possibilidade da discussão de certas questões.

A “cognição vertical”, por sua vez, é aquela em que o importante é a intensidade em relação ao objeto de prova, não importando sua extensão. Pode ser classificada em “exauriente” (completa) e “sumária” (incompleta).

Relativamente à “cognição horizontal”, seja estabelecendo os limites do que pode ser deduzido pelo autor, seja fixando os limites do que pode ser sustentado pelo réu, não se pode olvidar que perceber o alcance daquilo que é cognoscível se mostra como fundamental para a delimitação dos fatos controvertidos, trazendo, como resultado, uma melhor e mais adequada instrução probatória.

A verdade é que a partir do instante em que se consegue delimitar o procedimento a ser observado em determinado feito (cognição parcial), fixando-se os pontos controvertidos, ao juiz é defeso determinar, de ofício, a produção de determinada prova.

Há que se ponderar, todavia, que eventual restrição da cognição “parcial”, proibindo que seja discutida certa questão num determinado procedimento, a fim de conferir maior efetividade a uma situação de direito substancial, não impede que a parte a traga ao processo e aos sujeitos (juiz e partes) por intermédio de outra demanda, decorrência lógica do que preconiza o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 65).

¹⁰ “O direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

Revela-se fundamental, portanto, saber compreender os motivos que conduzem à restrição mencionada no parágrafo anterior, e que fazem surgir procedimentos diferenciados, pois somente assim é que será possível controlar a legitimidade da sua elaboração legislativa, desenvolvendo posição mais crítica neste sentido. Se há a limitação de um determinado direito, que a mesma esteja adequada e conforme o direito material e o texto constitucional. Conclui-se que a cognição “parcial” está, assim, diretamente relacionada com a legitimidade do direito material que a justifique.

No que concerne à “cognição vertical”, técnica em que as situações apresentadas culminam com decisões que ficam limitadas a afirmar o “provável”, diferentemente, assim, do que ocorre com as tutelas de cognição exauriente, sabe-se que a mesma pode apresentar diferentes graus, como ocorre com as liminares obtidas em mandado de segurança e em medidas cautelares.

E a razão é simples, pois, quanto ao primeiro caso indicado no parágrafo anterior, a liminar é deferida com base no juízo de probabilidade de que as informações trazidas pela parte autora não serão rebatidas em sentido contrário pela autoridade coatora, ao passo que, quanto ao segundo caso, concede-se a liminar com lastro no juízo de probabilidade de que a afirmação será demonstrada, ainda que de forma sumária, através das provas que serão admitidas no procedimento sumário.

Pondera-se, todavia, que a idéia de “provável” deve ser compreendida apenas e tão-somente como a imprescindível possibilidade de modificação dos atos decisórios pela influência dos sujeitos do processo.¹¹

Após a conceituação e a perspectiva histórica delineada, o que deve ser ressaltado, por necessário, acerca da ideal procedimentalidade a ser incorporada por ocasião da realização da atividade judicial cognitiva, encontra-se bem explicitado nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71/72, refutando a impropriedade de se falar em juízo de probabilidade para se aludir à cognição sumária, esclarecem ser mais prudente utilizar a expressão “juízo provisório” em vez de “juízo de probabilidade”, estando, o primeiro, diretamente relacionado ao juízo sobre o objeto, e não à intensidade da participação. Acrescentam que, em se levando em consideração a ideia de descoberta da verdade, fica fácil demonstrar a fragilidade da contraposição de “juízo de probabilidade” com “juízo de verdade”, pois, na perspectiva de busca da verdade, não significa dizer que o juiz, ao final do processo, terá chegado a um juízo que lhe confirma uma maior certeza acerca dos fatos.

Convém, no entanto, apontar, ainda que de passagem, para outra dimensão do problema, decerto não mais acanhada ao prisma do interesse público na efetividade da tutela jurisdicional. É missão do processo conduzir o litígio a uma solução que corresponda, com a maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto; por conseguinte, a atividade judicial cognitiva, consciente embora das suas inevitáveis limitações, deve tender à reconstituição verdadeira dos fatos, pressuposto da correta aplicação das normas jurídicas. Ora, o conhecimento humano da realidade, unilateral e fragmentário por natureza, só pode tornar-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas. (BARBOSA MOREIRA, 2011, p. 1112).

Hodiernamente, no Direito Democrático a cognição deve ser considerada como instituto jurídico umbilicalmente ligado ao exercício da função jurisdicional, mais diretamente aos sujeitos do processo, obediente aos princípios que regem o devido processo. Há tempos não se pode mais comungar dos pensamentos construídos ao longo do Estado Liberal e do Estado Social, vez que totalmente divorciados do entendimento que se deve conferir a uma cognição que precisa restar vigente no Estado Democrático de Direito.

O que se quer deixar bem aclarado é o fato de que a mudança de mentalidade, seja ela em sede legislativa ou jurisprudencial, se impõe como única forma de potencialização de uma procedimentalidade e de um provimento legitimados. Revisar a teoria do processo como relação jurídica e pavimentar o caminho cognitivo, tecnicamente, de forma a permitir que todos os envolvidos participem, de forma isonômica e em obediência aos princípios inerentes, na formação da decisão final, num constante exercício dialético, somente contribuirá para que se reconheça, definitivamente, o afastamento da idéia de autoritarismo oriunda de períodos longínquos.

A respeito, e com os olhos da técnica processual voltados para uma visão democrática que evidencia o contraditório como elemento indissociável da atividade cognitiva, Aroldo Plínio Gonçalves destaca:

Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça foi deslocado do “papel-missão” do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações. (GONÇALVES, 2001, p. 195).

3.2 Princípios do direito probatório

O processo se reveste, evidentemente em decorrência de ser uma criação constitucional, na qualidade de um instituto que ostenta características próprias, calcado em princípios que o integram.

Com o propósito de melhor compreender a atividade probatória, então, curial que se avance sobre o estudo dos princípios que a norteiam.

“Princípio”, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991, p. 73/74), pode apresentar ao menos 3 (três) significados, sendo 2 (dois) de conotação prescritiva e 1 (um) de conotação descritiva.

Relativamente aos 2 (dois) primeiros, esclarece o mencionado jurista que, num primeiro momento, os princípios seriam “supernormas” com características gerais (ou generalíssimas) que expressam valores e que, por tal motivo, seriam um modelo das regras que as desdobram; num segundo momento, seriam “standards” aplicáveis para o estabelecimento de normas específicas. Quanto ao terceiro e último, porém, descreve que princípios seriam verdadeiras generalizações obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias (FERREIRA FILHO, 1991, p. 73/74).

Independentemente de se perquirir neste ou noutro sentido, é preciso levar em consideração que os princípios jurídicos, nos dias atuais, têm reconhecido, no seu bojo, um intenso grau de juridicidade, pois passaram a desempenhar um papel de protagonista do ordenamento legal, de norma jurídica que deve ser compreendida na sua potencialidade e na sua predominância.

Corroborando o entendimento aqui exposto, Ruy Samuel Espíndola ensina que esse aspecto de natureza normativa

[...] não é predicado somente dos ‘princípios positivos de Direito’, mas também, como já acentuado, dos ‘princípios gerais de Direito’. Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmbito da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito. (SPÍNDOLA, 2002, p. 60/61).

3.2.1 Princípio do livre convencimento motivado

Tecidas as necessárias considerações para a compreensão dos princípios probatórios, passa-se ao exame daqueles que melhor exteriorizam e visualizam o processo como elemento imprescindível na construção do Estado Democrático de Direito.

Iniciamos pela análise do referendado pela doutrina como princípio do livre convencimento motivado.

Assim, a fim de se permitir o controle efetivo da motivação dos provimentos, natural que sejam examinados os critérios que pautam a formação do convencimento daquele órgão judicial, seja sob a ótica da racionalidade que inclui uma maior ou menor probabilidade dos fatos juridicamente relevantes alegados pelas partes, seja sob a ótica das atividades de valoração e de valorização da prova.¹²

Inicialmente, porém, uma breve digressão sobre os 3 (três) sistemas de apreciação da prova deve ser realizada.

O primeiro dos sistemas que se conhece é o da prova legal (ou da certeza legal), característico do período medieval, mais evidenciado no processo bárbaro (AMARAL SANTOS, 1983, p. 391), e que se assentava na fixação, prévia, do valor de cada uma das provas apresentadas (constatação aritmética dos elementos

¹² Interessante posicionamento sobre a “teoria da convicção”, baseado em estudos acerca do Processo Penal brasileiro, é dado por Rui Cunha Martins. Ensina o jurista português: “Estar convicto não é etapa final de um trajecto epistemológico sem mácula. Aliás, permito-me sugerir que nem sequer é, em bom rigor, uma etapa. É este o argumento de que parto. Parece-me, com efeito, que, em sede de teoria da convicção, não está ainda suficientemente dita a dimensão de circularidade que estrutura todo o mecanismo e que obriga a considerar níveis de sobreposição e de complementaridade entre os vários elementos participantes do dispositivo decisório. É assim meu entendimento que, ao invés de um processo linear estendendo-se ao longo de dois pólos, a convicção corresponde a um processo de sucessivas tangências e sobreposições, complexo e denso, no âmbito do qual os diferentes componentes do percurso se inter-relacionam e se convocam mutuamente, contaminando a respectiva posição, o respectivo sentido e os respectivos efeitos. À imagem de um trajecto operando em sucessivas etapas, cada uma delas correspondendo a um estágio epistémico que, partindo da crença e passando pela dúvida, alcançaria sucessivamente o assentimento, a confiança, a aceitação e a própria convicção, para depois se prolongar na decisão e, por fim, na justificação, ambas situadas, nesta perspectiva, nos antípodos da crença originária, convirá contrapor a imagem de um circuito em que cada um destes estádios se disponibiliza a interagir e a contaminar os restantes – curto-circuitando, justamente, a demarcação ideal entre eles”. E complementa: “Encarada nesta perspectiva, a convicção não equivale, como está bom de ver, a um processo de depuração; convirá mesmo ter em conta que ela é, pelo menos em potência, palco de insinuações de toda a ordem por parte do que atrás chamei as expressões dos regimes epistémicos da evidência – como se, na convicção, a permanente activação dos circuitos crentes seja o preço a pagar pelo seu potencial de absorção e pela sua circularidade constitutiva” (*O ponto cego do Direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 21/22).

probatórios). A idéia de tarifamento das provas, de forma rígida, impedia que o juiz se valesse de qualquer outro critério para decidir o caso que lhe fosse submetido, exercendo função meramente de aplicador da norma, evidenciando o formalismo presente à época. A convicção do juiz era manifestada, portanto, através de normas de caráter vinculativo, das quais deveria ser conhecedor.

Como se percebe, o sistema buscava alcançar, tão-somente, a racionalidade na análise do fato, afastando qualquer possibilidade de arbitrariedade, vez que predominavam 3 (três) meios de prova: o juramento, o duelo e as ordálias (juízos divinos).

Interessante pensamento vigente naquele período histórico determinava que, caso não fosse possível produzir a prova com a utilização dos 2 (dois) primeiros meios, passava-se, então, ao juízo divino, tendo razão sempre aquela parte a quem Deus assim entendia de direito, mediante uma suposta comunicação, através da natureza (daí porque chamar o sistema de “legal”, já que representava atributo da lei da natureza), entre o homem e Deus (direito e religião indissociáveis) (LEAL, 2002, p. 94).

Tais regras predominaram, aproximadamente, até o período da Revolução Francesa, tendo sido consideradas “base do processo inquisitório, em que o arbítrio, pela voz dos predestinados a governarem e conduzirem os povos, era o único comando de revelação de justiça e ratificação das intenções divinas” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 198/199).

O segundo sistema foi o da livre apreciação da prova (ou da livre convicção)¹³, em sentido completamente oposto ao anterior, assentado nas idéias iluministas que carregavam consigo uma nova concepção de Estado (e do próprio homem).

Aqui, o juiz era soberano na formação da sua convicção a respeito dos fatos que lhe eram trazidos. Agora no processo dispositivo, o juiz poderia decidir de acordo com suas convicções, de acordo com suas impressões pessoais, com base na prova constante dos autos, fora dos autos, ou mesmo de forma contrária à prova dos autos (COUTURE, 1985, p. 273). As provas eram examinadas independentemente de qualquer regra legal (tal qual se passou, em parte, no

¹³ Alfredo de Araújo Lopes da Costa prefere a utilização da expressão “livre apreciação da prova” em lugar de “livre convicção”, acrescentando ser um contrassenso a contraposição entre convicção livre e convicção forçada (*Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª edição. Tomo III, nº 240. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 240).

processo romano clássico com o julgamento *secundum conscientiam*), bem representando o espírito de irracionalidade que vigia.

Complementa o estudo do referido sistema, a lição do jurista português João de Castro Mendes, para quem a caracterização se dá:

[...] por entender o resultado probatório como dependente apenas e unicamente da consciência do juiz, o qual poderia decidir pela impressão recolhida através do processo, ainda que essa impressão não fosse, nem para ele próprio, racionalizável. Poderiam todos os motivos que o juiz conseguisse formular claramente no seu espírito apontar para a solução *x*; mesmo assim teria o juiz o poder (não só jurídico, mas também moral) de se decidir pela solução *y*, se – como tantas vezes acontece – a solução *x* intuitivamente, por assim dizer, instintivamente, lhe parecesse falsa. Este sistema é por conseguinte um sistema irracionalista, intuicionista; e corolário dele, como Lessona bem salienta, tem de ser a dispensa da motivação da decisão sobre a prova, uma vez que essa prova pode ter base intuitiva – e, portanto, indemonstrável, inexteriorizável, informulável – e não racional. (MENDES, 1961, p. 306).

Por fim, o sistema da persuasão racional (ou do livre convencimento motivado) se caracteriza por não ter, em princípio, regra de natureza probatória. Aqui, o juiz aprecia a prova livremente, não de acordo com suas convicções pessoais, mas, sim, conforme a convicção das provas produzidas nos autos, sempre em obediência aos fatos consignados e às regras jurídicas.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira assim se posicionam sobre o tema, bem aclarando a abordagem feita pela tradicional dogmática jurídica brasileira:

Não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue as suas próprias impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas. Desenvolveu-se sob influência das ideias iluministas do século XVII. É o sistema seguido por nosso CPC (art. 131). A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 40/41).

Pois bem. É preciso que se esclareça que, embora o art. 131, do Código de Processo Civil em vigência, adote de forma expressa o sistema da persuasão

racional (mitigado ao longo do tempo, é bom que se diga), tal qual se deu em relação ao art. 118, do Código de Processo Civil de 1939, e tal qual ocorre no Direito Português com a redação do art. 158º, do Código de Processo Civil vigente¹⁴, há regras legais de apreciação da prova elencadas tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil.

A crítica até mesmo acentuada que se faz em relação à adoção legislativa do sistema da persuasão racional, por variadas razões, sucumbe à vigência de alguns dispositivos legais que regulamentam a valoração da prova. A existência de tais dispositivos, porém, não impede que se aprecie, livremente, o conjunto de provas, apenas direciona tal comportamento do juiz, estabelecendo parâmetros para tanto (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 42).

A implantação do sistema da persuasão racional (ou do livre convencimento motivado) é, na verdade, decorrência da evolução historicamente constatada ao longo do tempo, desde a época do direito romano, mantendo-se sua prevalência, até hoje, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

O que se buscava superar era a onipotência dos juízes, a supremacia decorrente do protagonismo judicial, haja vista a desconfiança que prevalecia neste aspecto, tudo respaldado por um sistema rígido em que havia sujeição a normas preestabelecidas para a constatação dos fatos, em nítido exercício de racionalidade. A obrigatoriedade de fundamentar os atos decisórios e a correspondente publicidade foram motivos suficientes para que houvesse uma mudança de mentalidade e fortalecesse o embasamento para a adoção do sistema da persuasão racional. Assevera, a propósito, Francisco Rosito:

Ressurge, então, o princípio do livre convencimento, consistente em um tecido de princípios processuais de “garantia e de controle”, que permitem tanto a salvaguarda para um possível reconhecimento da verdade como também uma garantia contra o abuso dessa liberdade por parte do juiz. (ROSITO, 2007, p. 45).

É importante, portanto, delimitar sua atuação e o seu alcance quanto à atividade probatória.

¹⁴ Discorrendo sobre a nomenclatura adotada em outros ordenamentos jurídicos, Francisco Rosito fala em “sana crítica” e a relaciona aos diplomas legislativos do Direito espanhol, argentino e uruguaio, bem como em “livre convicção” nos ordenamentos alemão, francês e italiano. ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

Neste sentido, até mesmo em razão dos aspectos históricos que contornam o conteúdo do sistema em estudo, não se pode afirmar que este último seja claro e definido, muito menos que apresenta característica variável e inconstante.

Convém, neste momento, esclarecer que, em termos de valoração da prova, é preciso que a mesma, entendida como a percepção da existência do elemento de prova nos autos do procedimento (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 207), seja considerada como atividade prévia à formação do momento final, ou seja, à formação do convencimento do juiz, o que equivale dizer que a liberdade para que o juiz se convença dos argumentos expostos pelas partes não se dá em relação à sua formação, mas, sim, no ato em que se convence, efetivamente.

Num segundo momento, a valorização da prova reside em revelar o conteúdo de importância que determinada prova carrega para a formação do convencimento e “o teor significativo dos seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequivocidade material e formal” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 207).

Em suma, não basta a percepção dos elementos de prova (valoração), sendo imprescindível que todos os elementos de prova sejam comparados para fins de formação de convicção, amparando-se, o juiz, naqueles que maior relevância e preferência produzam (valorização).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009, p. 189), em estudo sobre a proposta de um formalismo-valorativo, descreve toda a evolução histórica acerca do entendimento de valorização da prova, propriamente dita, argumentando tratar-se de ponto bastante sensível e aduzindo que o referido pensamento somente veio à tona com a cultura iluminística e com uma nova postura da metodologia científica, ambos inspiradores da necessidade de uma apuração mais detalhada acerca dos fatos e, conseqüentemente, de uma livre formação de convencimento do órgão judicial.

O objetivo, portanto, foi o de possibilitar que o juiz procedesse a uma livre apreciação da prova, num claro retorno à racionalidade, porém com a intenção de fazer com que não mais prevalecesse a formalidade na apreciação do conjunto probatório, com que não se retornasse ao sistema da prova legal.

Não se quer aqui dizer que a apreciação da prova se realiza de forma meramente subjetiva, pois é sabido que cabe ao juiz empreender a valorização que entender adequada, num exercício de racionalidade lógica, relativamente aos elementos de prova adquiridos consoante critérios devidamente determinados.

A partir do momento em que se sabe que a verdade absoluta não pode ser obtida no procedimento, os fundamentos para legitimar as compreensões do juiz acabam por representar o resultado de uma probabilidade dos fatos contrapostos pelas partes (probabilidade aqui entendida como critério para que se afira a verossimilhança das alegações sobre fatos que se considerem juridicamente relevantes).

É através do encontro com tais fundamentos, perfilhado na identificação do elemento de prova constante dos autos (avaliação) e no reconhecimento da importância do elemento preponderante para aquilo que buscam as partes (valorização), que se consegue alicerçar o ato decisório em motivação que, definitivamente, o legitime e contribua, de forma efetiva, na construção do Estado Democrático de Direito que tanto se espera no que diz respeito à obediência e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Por óbvio que o órgão judicial encontrará limitações para a formação do convencimento, até para que não reste evidenciado qualquer tipo de arbitrariedade insuperável. E dentro das restrições imagináveis, encontra-se aquela referente ao fato de o juiz estar jungido ao exame do que é, efetivamente, sustentado pelas partes acerca dos fatos controvertidos e dos demais elementos constantes dos autos; aquela que impõe a impossibilidade de o juiz se utilizar de conhecimento obtido fora dos autos para sustentar suas convicções; aquela que delimita os meios de prova em rol taxativo; aquela que impõe que os elementos de prova sejam considerados e analisados através de método lógico e racional dos fatos e provas produzidas; os limites decorrentes da utilização das regras máximas de experiência; e, por fim, a obrigatoriedade de motivação dos provimentos.

3.2.2 Princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova

O princípio em estudo se amolda, perfeitamente, ao que se propõe a presente pesquisa por ser revelador de que o conjunto probatório, amplamente desenvolvido, traduz, incontestavelmente, a necessidade de repartição, de ampla fruição da prova produzida pelos sujeitos processuais.

Se é correto afirmar que o sistema da persuasão racional (ou do livre convencimento motivado) possibilita que se avalie, no espaço dialogado, a observância do respeito incontestado ao direito fundamental à prova, não menos

correto é compreender que a prova, após produzida e incorporada aos autos, deixa de pertencer a “A” ou a “B”, saindo, portanto, da esfera de disposição de quem a providenciou. A prova, é perfeitamente possível concluir, passa a pertencer, então, aos autos do processo (CAMBI, 2006, p. 321).

Aqui está, portanto, o princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova, implicando reconhecer que o juiz, ao valorar e valorizar as provas produzidas, na formação do seu convencimento e consequente motivação do provimento, não se atém ao fato de as mesmas terem como origem o autor ou o réu. A comunhão da eficácia probatória significa dizer que todos os sujeitos processuais ou se beneficiam ou se prejudicam com o conjunto probatório, sendo absolutamente ilógico aceitar que o juiz valoraria uma determinada prova de forma diferente para os sujeitos processuais.

Posicionamento doutrinário de relevância e que merece ser destacado vem de Rui Portanova, para quem a comunhão da prova:

É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição. (PORTANOVA, 1999, p. 217).

Há, por certo, uma justificativa mais do que lógica para que se aplique o princípio em estudo, é dizer, o objetivo principal é o de convencer o órgão jurisdicional da veracidade dos fatos alegados, ainda que a verdade absoluta seja algo inatingível.

Decorrência natural de que as provas coligidas aos autos resguardam todos os sujeitos processuais é a impossibilidade de que a parte que tenha requerido a produção da prova pretenda, após sua produção, e imaginando que a mesma não lhe seria favorável, impeça que o juiz a utilize na formação do seu convencimento. A prova, definitivamente, não pertence a quem a produz, pois se assim o fosse, admitir-se-ia que aquele que se sentisse prejudicado por sua produção, facilmente postularia seu desentranhamento e impediria, assim, que o juiz a utilizasse em seu convencimento.

Outra consequência, acaso se considerasse a possibilidade de retirada, dos autos, da prova produzida e reconhecida, posteriormente, como prejudicial, seria a afronta ao amplo acesso à jurisdição, tal qual pressupõe o comando constitucional inserto no art. 5º, inc. XXXV (BRASIL, 2011, p. 11), e à própria *ratio* do princípio, até porque seria como caminhar, de forma inversa ao que preconiza o direito processual civil contemporâneo.

Sabe-se que o juiz pode indeferir a produção de todas as provas que entender inúteis e desnecessárias (art. 130, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 425). Todavia, uma vez que restar deferida a produção de algum meio de prova, cria-se um direito adquirido à prova de todos os sujeitos processuais (perda da identidade subjetiva), não podendo, nem mesmo o juiz, voltar atrás em sua decisão de admissibilidade, ainda que entenda que a referida prova seja inútil ou desnecessária.

A aplicação prática do princípio da comunhão das provas encontra respaldo, ainda, dentre outros, na prova produzida por litisconsorte (art. 48, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 420)), na confissão e seus efeitos no litisconsórcio (art. 350, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)), na interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 526, do Código de Processo Civil (BRASIL, ANO, p. 459)).¹⁵

Em suma, o princípio da comunhão das provas torna o sistema processual menos rígido e mais democrático, do ponto de vista de sua finalidade, significando que nenhum dos sujeitos processuais se apropria da prova que produziu. Se há comunhão, que sirva a todos de forma indistinta.

João de Castro Mendes bem delinea o real significado da aquisição processual da prova:

O princípio da aquisição processual diz-nos que o material necessário à decisão e aduzido ao processo por uma das partes – sejam alegações, sejam motivos de prova – pode ser tomado em conta mesmo em favor da parte contrária àquela que o aduziu. Reputa-se adquirido para o processo; pertence, por assim dizer, à comunidade dos sujeitos processuais. (MENDES, 1961, p. 166/167).

¹⁵ No Direito Processual Civil português, a redação do art. 515º estampa que “O tribunal deve sempre tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado”.

3.3 Objeto da prova

Se a prova tem como objetivo servir como suporte para demonstrar as alegações quanto aos fatos suscitados pelas partes, curial se mostra saber o que, realmente, deve ser alegado e provado, a fim de se delimitar como será desenvolvida a atividade probatória.

Fixar o *thema probandum*, assim, representa selecionar os fatos alegados que devem ser provados (ECHANDÍA, 2002, p. 135 e 177), mesmo porque, dentro da máxima romana, alegar e não provar equivale a nada alegar. A partir do instante em que há a referida seleção dos fatos que contribuirão para a compreensão da demanda, será possível estabelecer um liame entre o que foi alegado e a demonstração que se fez mediante a utilização dos meios de prova.

Eduardo Cambi assim se manifesta a respeito do que seria o *thema probandum*:

Trata-se de um juízo de verossimilhança, porque recai sobre os fatos ou sobre as alegações de fatos, antes de serem provados. É um juízo *a priori*, que se realiza antes da produção da prova, baseado na credibilidade que se confere aos fatos alegados, quando se percebe que eles são idôneos para extrair as consequências jurídicas pretendidas pelas partes.(CAMBI, 2006, p. 295).

A despeito da existência de certa divergência doutrinária entre *thema probandum* e objeto da prova, compreendendo-se, a primeira, como o conjunto de fatos que servirão como lastro para a motivação do provimento, enquanto que a segunda como o fato particular que determinada prova tende a demonstrar, há que se ponderar que a distinção reside mais na questão estrutural, uma tratando do gênero, e a outra da espécie, individualizando o que será apurado.

No mais, e aqui reside o decisivo argumento, fato é que o objeto da prova deve recair sobre as *afirmações dos fatos*, e não sobre os *fatos* em si.

3.3.1 Provar o fato ou a afirmação do fato?

Sobre o objeto da prova, propriamente dito, a doutrina costuma se debater no sentido de esclarecer, ao menos, 3 (três) pontos fundamentais: a) se incide sobre

os *atos*; *b*) se incide sobre as *afirmações dos fatos*; *c*) ou se incide, imediatamente, sobre a *afirmação do fato* e, mediatamente, *sobre o fato*.

No que se refere à distinção entre *fatos* e *afirmações dos fatos*, há que se destacar a existência de posicionamentos diversos na doutrina contemporânea¹⁶, prevalecendo, porém, a que se inclina pela necessidade de que as afirmações sobre os fatos alegados é que devem ser levadas em consideração quando da prolação do provimento final, argumento com o qual concordamos, mesmo porque os autos servirão, apenas e tão-somente, para declarar a veracidade acerca de uma afirmação de fato.

Piero Calamandrei (1999, p. 277), analisando a relação alegação-prova, explica que o juízo de verossimilitude, quando o direito processual o considera relevante, é aquele emitido não sobre o *fato* em si, mas sobre a *afirmação do fato* pela parte que postula sua admissibilidade e que o afirma como historicamente já ocorrido, numa demonstração incontestada de que sobre a alegação é que se deve debruçar o órgão jurisdicional.

João de Castro Mendes (1961, p. 481), denominando como *clássica* a teoria que entende que os *fatos* é que devem ser objeto da prova, traz acentuada crítica e a repele (pois é adepto do entendimento de que as *afirmações sobre os fatos* é que devem ser objeto da prova), lastreando seu raciocínio em 2 (dois) motivos principais, a saber, sua *objetividade* e sua *indeterminação*.

Sobre a *objetividade*, o jurista português delinea, de forma bastante clara, que qualquer que seja o conceito de fato, fica evidente que ele não deixa de se reportar a realidades do mundo exterior, a realidades objetivas. Assim, complementa:

Portanto, os atributos que podemos ligar ao objecto substantivo da prova – *máxime* os de verdadeiro e falso – mostram que esse objecto substantivo não é a realidade em si, mas uma representação intelectual da mesma – formada por conceitos e juízos ou proposições – ou a sua expressão em termos e afirmações. (MENDES, 1961, p. 482).

¹⁶ Entendendo que os *fatos* litigiosos é que devem ser objeto de prova estão, dentre outros, Humberto Theodoro Júnior., João Batista Lopes, Moacyr Amaral Santos, José Frederico Marques, Hernando Devis Echandi e Giuseppe Chiovenda. Entendendo que objeto da prova são as *afirmações sobre os fatos*, outra parcela considerável da doutrina assim se apresenta, como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Piero Calamandrei, João de Castro Mendes e Michele Taruffo.

Adiante, mais especificamente em relação à *indeterminação*, consigna, alavancado pelo que expõe a doutrina alemã, que o conceito de *fato* estaria eivado de dificuldades na sua compreensão ou na sua definição, além do que remanesceriam dúvidas sensíveis quanto à delimitação das suas fronteiras com as realidades vizinhas (MENDES, 1961, p. 484).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, seguindo a mesma linha doutrinária, asseveram que o questionamento sobre o que deve ser objeto da prova, ainda que pareça desprovido de certa importância, na verdade, tem direta relação com o fato de que a convicção que embasará o provimento é fruto do envolvimento das partes, justamente, através das alegações e provas que produzirem, e não da verdade sobre os fatos.

Assim, se o órgão jurisdicional deve apresentar solução para o conflito de interesses que lhe fora submetido, ainda que não esteja plenamente convencido do alegado, resta completamente desprovido de razão o argumento de que, decidindo, encontrou, definitivamente, a verdade sobre os fatos (MARINONI, 2009, p. 97).

Debruçando sobre o último dos pontos fundamentais, é preciso registrar que os adeptos da teoria *eclética*, nome designado para a situação jurídica em que se entende que os *fatos* e as *afirmações sobre os fatos* são o objeto da prova, tiveram em Francesco Carnelutti o maior defensor¹⁷, posicionamento, todavia, que não obteve maiores avanços ao longo do tempo.

Sem embargo, entendemos que não se pode pensar de forma diversa daquela que propugna sejam objeto de prova as *afirmações sobre os fatos*. Bem desenhando tal moldura e colocando uma pá de cal sobre qualquer digressão que se possa fazer em sentido inverso, João de Castro Mendes mais uma vez esclarece:

¹⁷ O que se percebe é que o jurista italiano, num primeiro plano, entendia que a prova seria, em si, um resultado, a verificação da verdade de uma proposição. Chegou a afirmar, portanto, que seria justo reconhecer que o objeto da prova seriam as afirmações, e não os fatos (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2ª edição. Roma: Edizioni Dell'ateneo, 1947, p. 15/16). Num momento posterior, todavia, procurou conciliar o entendimento preconizado pelos adeptos da teoria clássica com seu entendimento anterior que se inclinava pelas *afirmações* como propósito maior da prova, declarando que os *fatos* seriam o objeto *mediato*, enquanto que as *afirmações* seriam o objeto *imediate* (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. V.1, nº 282. Padova, 1936, p. 676). Aqui, mais uma vez, vem bem a calhar a exposição de João de Castro Mendes, para quem nenhuma vantagem poderia ser auferida com a teoria eclética, pois os *fatos*, em si, não desempenham qualquer papel no direito probatório, só valendo como conteúdo das *afirmações* (MENDES, João de Castro. *Do conceito da prova em processo civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1961, p. 529).

Quando se falam que se provam *factos*, está-se conscientemente ou inconscientemente a empregar a palavra *facto* para designar a afirmação que sobre ele recai. *Facto* e *afirmação (do facto)* são termos sinónimos ou equivalentes na linguagem jurídica, legal ou doutrinária. Revela-se isto até pelos adjectivos que correntemente se apõem ao termo *facto*, adjectivos estes que só convêm à representação mental (expressa ou não) deste: se bem se notar, os *factos* em si são sempre necessariamente verdadeiros (*veritates rei*) e, portanto, quando se fala num *facto* não verdadeiro, ou hipotético, ou impossível, a qualificação não se pode reportar a um acontecimento real em si, mas à representação intelectual e à afirmação de um *facto* ou realidade qualquer. (MENDES, 1961, p. 531/532).

Fica patente que aquilo que se busca através das *afirmações sobre os fatos* encartadas nos autos é a demonstração de que seu conteúdo, acerca do ocorrido no passado, poderá influenciar diretamente na formação do convencimento. A pergunta que se faz é: mas qual seria esse conteúdo? O que, efetivamente, deve e precisa ser provado? Quais seriam as características inerentes ao *factum probandum*?

Em resposta aos questionamentos acima mencionados, a doutrina estabeleceu que a *relevância* jurídica do fato, segundo definição nas normas aplicáveis, é que deve ser levada em consideração, juntamente com sua *pertinência*, é dizer, sua utilidade para o deslinde da demanda. Há que se considerar, a propósito, que a admissibilidade da prova sempre terá lugar desde que seja lícita, idônea, segundo reza o ordenamento legal, mesmo porque não se pode realizar qualquer tipo de juízo apriorístico neste ou em outro sentido, o que evidenciaria, até mesmo, nítida parcialidade do órgão jurisdicional.

A despeito do que se expôs anteriormente, caminhando, portanto, em sentido oposto ao que defendemos, a impressão que se tem, em termos pátrios, é a de que o legislador processualista civil encampou a idéia de que o objeto da prova recai sobre os *fatos* alegados pelas partes, bem como se os mesmos apresentam alguma razão de ser, algum fundamento.¹⁸

Analogicamente, é possível afirmar que se as afirmações das partes são, definitivamente, o objeto da prova, os meios de prova também teriam como objeto tais afirmações, o que não ocorre, como se sabe. Os meios de prova se assentam nos fatos, sejam descritos pela própria parte (oitiva de testemunhas, por exemplo), sejam descritos por terceiros (inspeção judicial, por exemplo).

Entendemos que, do conceito de prova como “argumento” que adotamos, o objeto da prova deve se situar, portanto, em torno das alegações dos fatos

¹⁸ Ao menos, é o que se depreende da leitura dos artigos 332, 333 e 334, do Código de Processo Civil, com a ressalva expressa do art. 337 do mesmo texto, conforme se verá nos tópicos seguintes.

relevantes, e controversos, que tenham sido jungidos durante o debate processual. Os itens seguintes servirão não somente para melhor definir os aspectos mais relevantes do objeto da prova, como, também, para o exame da proximidade de relação entre *objeto* e *finalidade* da prova.

3.3.2 A prova dos direitos municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário

As regras de direito, seguindo as máximas *iura novit curia* e *da mihi facta, dabo tibi jus*, independem de prova. Parte-se, porém, de falsa e desprestigiada premissa de que o órgão jurisdicional não pode ignorar a existência do direito objetivo.

O legislador pátrio, porém, trouxe exceções que acabaram sendo inseridas na redação do art. 337, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), segundo o qual a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, deverá provar seu teor e sua vigência, se assim determinar o juiz.¹⁹ Demonstrou o legislador, assim, um reconhecimento inequívoco de que a falsa premissa do direito romano deve ceder a determinadas situações.

Trata-se, na verdade, de opção legislativa que demanda a imposição de um ônus à parte interessada, sendo igual dever do julgador, imediatamente após a atuação probatória, possibilitar que a parte contrária manifeste-se quanto ao conteúdo do direito alegado, decorrência da *ratio* de um processo participativo, evitando-se situação de surpresa e contribuindo, igualmente, para a legitimidade do provimento, como deve ser.

Faz-se claro, aqui, que não se está diante de inserção de um novo fato no litígio, mas, sim, de regra do ordenamento processual, ficando bem aclarada, então, a diferenciação entre alegação de fato e alegação de direito.

A compreensão, todavia, que se deve fazer do aludido dispositivo legal é direcionada no sentido de que o juiz só poderá determinar a prova do direito municipal ou estadual que *não seja do seu conhecimento na localidade em que exerce a função jurisdicional* (pois deve se pressupor seu conhecimento em relação à produção legislativa no âmbito jurisdicional de sua atuação), ao passo que,

¹⁹ Há que se registrar que o Código de Processo Civil de 1939, no art. 212, já disciplinava o mesmo posicionamento com sutil diferença na parte final da redação, mas que não alterava o conteúdo do texto ora vigente.

relativamente ao direito estrangeiro, exemplificativamente, poderá o juiz determinar a prova do seu teor, se necessário para a solução do litígio, através do parecer de um jurista ou através de entendimento jurisprudencial de país estrangeiro, preferencialmente recente.

Aprofundando o acima exposto, percebia-se, examinando o teor do Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 212 (BRASIL, 2012), que a preocupação do legislador, desde então, caminhou no rumo da obrigatoriedade, e não da faculdade, da parte em produzir prova do direito estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro que sustentasse, podendo o juiz (opcional), se fosse do seu conhecimento, dispensar tal produção no caso concreto.

Soerguia-se, assim, desde então, o protagonismo judicial de viés solipsista, num claro sinal de radicalismo e de rigidez normativos, mas que, com o desenrolar dos anos, se revelaram obtemperados (mesmo porque necessário), por boa parte da doutrina pátria que passou a entender, particularmente no que diz respeito ao direito municipal e ao direito estadual, caber ao juiz ter conhecimento, ao menos, da legislação municipal e da legislação estadual (que são publicadas na imprensa oficial) do local em que atuasse.²⁰

Outro ponto temático igualmente importante relaciona-se com a questão probatória que envolve o chamado direito costumeiro. E o motivo da relevância diz não somente com a necessidade de prova (ainda hoje), ou não, de tais normas, como, também, com a definição do que poderia ser reconhecido como *costume* numa determinada sociedade, principalmente tendo em conta a sensível transformação comportamental a que vem sendo submetida essa mesma sociedade desde a segunda metade do século passado.

O cerne, então, deve ser o de tentar equacionar qual seria a dimensão que se deve conferir para que algo, ou alguma situação, seja considerada como costumeira e que reflita as reiterações das atitudes humanas. Posição de destaque, por coerência, adveio de Moacyr Amaral Santos (2010), para quem seriam 3 (três) os requisitos que configuram os costumes com força normativa, a saber, *a)* o uso longo, duradouro e uniforme de uma dada relação de fato; *b)* sua não-contrariedade à lei expressa; *c)* a certeza de que se está obedecendo a uma norma jurídica.

²⁰ Assim se posicionam Moacyr Amaral Santos, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, José Frederico Marques, dentre outros.

Apesar das idéias acima consignadas e referentes a qualquer dos temas suscitados no art. 337, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), há que se ponderar, corroborando a idéia de reconhecimento e prevalência de um processo jurisdicional pautado democraticamente, que a prova sempre deverá ter como finalidade servir aos sujeitos do processo, e não ao juiz tão-somente, como propõe a legislação vigente no referido dispositivo.

Assim, é incontestável que a atividade cognitiva, como mencionado no capítulo 3, vinculada à principiologia constitucional, às leis infraconstitucionais e, da mesma forma, à argumentação trazida pelas partes, somente poderá proporcionar a certeza, ou não, das alegações suscitadas, e somente será ratificada, ou não, após o necessário debate processual lastreado na observância do devido processo.

De nada adianta, portanto, mesmo porque não foi essa a *mens legis* de então, possibilitar que o juiz determine que se prove determinado direito se, à parte adversa, não for oportunizado o direito de rebater seu conteúdo e vigência dentro de um espaço dialogado que, ao final, poderá, ou não, servir de embasamento na formação do convencimento do julgador.

3.3.3 Fatos que não dependem de prova

Adotando-se a idéia de que o ônus da prova incumbe às partes, o art. 334, inc. II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), consigna que não se faz necessário provar, por qualquer meio, os fatos notórios²¹, aqueles afirmados por uma parte e confessados pela outra, os fatos admitidos como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Da mesma forma, não precisam ser provados os fatos considerados impertinentes (por serem estranhos à demanda) e os irrelevantes (que, embora pertençam à demanda, não influem no provimento final).

O fato notório tem sua base nos brocardos *notoria non egente probatione e non potest ignorari quod publice notum est*, ideia que também encontra aceitação nos tribunais pátrios. Neste sentido, há que se consignar, porém, que, ainda que se trate de fato notório, é dizer, que pertença à cultura do *homo medius* estando implicitamente verificável no ambiente social e cultural em que o provimento é

²¹ Há que se registrar que o Código de Processo Civil de 1939, no art. 211, já disciplinava o mesmo posicionamento em relação aos fatos notórios.

proferido, nada impede a produção de prova, justamente, em sentido contrário, dentro da perspectiva de um processo jurisdicional democrático pautado, acima de tudo, pelo debate processual, pela comparticipação, notadamente diante da sua relatividade.²²

No direito português, hoje também com expressa redação quanto à desnecessidade de produção de prova quando se trate de fato notório²³, João de Castro Mendes, há mais de meio século, já apontava:

Se um juiz tiver dúvidas sobre a verdade de uma afirmação que reconheça ser notória, isso quer dizer que admite algumas probabilidades à afirmação contrária. Deverá então quesitar esta última; se a primeira não carece de alegação ou prova, esta última carece, e se se provar procedente em tribunal (a prova terá de ser *efficacior*, particularmente rigorosa), o tribunal não está amarrado à afirmação notória que reputa falsa, e pode julgar segundo a sua convicção, formada sobre a livre apreciação das provas, de modo a chegar à decisão que lhe parecer justa (art. 655º do Código de Processo Civil). (MENDES, 1961, 645/646).

Acrescentando raciocínio bastante ponderado acerca da possibilidade de impugnação daquilo que for alegado como fato notório, Nelson Palaia, ao fazer a separação entre impugnação do fato em si e impugnação da sua notoriedade, destaca a impossibilidade de que o juiz se utilize, então, do seu conhecimento particular para decidir:

De fato o juiz diante da impugnação à notoriedade de um fato alegado como tal, não poderá usar de seu conhecimento privado para decidir. A relatividade do conceito implica na adoção de um padrão médio de conhecimento dos fatos. O que é notório para um pode não ser para outro, logo o juiz não deve aceitar ou dispensar a prova em função de um padrão médio de cultura. O juiz não deve consultar a sua memória nesta hora, e sim raciocinar em termos do que está na memória coletiva daqueles que possuem um padrão médio de cultura. (PALAIA, 1997, p. 42).

E corroborando o pensamento acima indicado relativamente ao conhecimento privado do juiz, Antônio Carlos de Araújo Cintra esclarece:

²² Interessante julgado do Supremo Tribunal Federal, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, envolvendo ação de anulação de casamento, já bem delineava a possibilidade de, mesmo diante de um fato notório, ser proporcionada, nos autos, a possibilidade de rebatê-lo, a enfatizar as garantias do contraditório e da ampla defesa (RExtr. 45.380/AL, 2ª Turma, Rel. Victor Nunes, j. 20.6.1961). (BRASIL, 1961).

²³ A redação atual do art. 514º, 1, do Código de Processo Civil de Portugal assim dispõe: “Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral”.

Fatos que constituem objeto do conhecimento privado do juiz são aqueles fatos singulares de que o juiz veio a saber, como pessoa particular através de percepções sensoriais exercidas fora do processo e, assim, independentemente da observância dos procedimentos probatórios estabelecidos por lei. (CINTRA, 2000, p. 26).

Característica relevante do fato notório, como se percebe, é a de que o seu conceito deve transitar por uma certa relatividade (para sua melhor e mais apropriada compreensão), ou seja, aquilo que é notório para alguns pode não ser para outros, bem como aquilo que é notório durante um tempo pode deixar de sê-lo em outro.

Configura-se, portanto, uma verdadeira relação espaço-temporal do fato notório, o que leva à conclusão de que o conhecimento de um determinado tema ou assunto não somente pode se esvaír com o decorrer do tempo, mormente diante de tempos tão acelerados e conturbados como estes em que vivemos, como, também, aquilo que é notório num determinado lugar pode, dependendo das circunstâncias que o envolvem, não sê-lo em outro.

Essa peculiaridade do que efetivamente é (ou pode ser) notório, portanto, apresenta variabilidade que se adequa perfeitamente a um determinado tempo ou a um determinado espaço físico, pouco importando o contingente de pessoas que dele tenham conhecimento, mas, sim, a certeza que transmite. Exemplificando, o aumento da tarifa de transporte urbano na comarca “X” constitui-se em fato notório para aquela população (no que se inclui o órgão jurisdicional) e durante uma determinada época, mesmo porque outros reajustes serão implementados ao longo do tempo.

Mais ainda, para que um fato seja considerado notório, desnecessário que o mesmo seja de conhecimento de todos ou de uma boa parte de um determinado círculo social. Em tempos modernos, em que o acesso à informática se torna algo cada vez mais usual e comum, até mesmo nas comunidades mais afastadas e carentes de infraestrutura, as informações contendo dados sobre um determinado acontecimento histórico (p.e. o fato de Belo Horizonte ser a capital do Estado de Minas Gerais) são propagadas de forma bastante rápida.

Não se quer dizer, porém, que a simples divulgação de um dado pelos meios de imprensa seria o suficiente para se tratar de um acontecimento notório, até porque as pessoas nem sempre se interessam por tudo que é propagado através da mídia, seja ela radiofônica, falada ou televisiva. Em voto prolatado nos autos da

Apelação nº 605.855-4/7, julgado em 11.12.2008, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Des. Ênio Santarelli Zuliani destacou que “nem sempre o que a imprensa publica obtém notoriedade, embora ajude a mentalizar a certeza de que a verdade é pública” (SÃO PAULO, 2008).

O conceito de fato notório é, assim, *objetivo e não quantitativo*, fundamentalmente por ser produzido fora dos autos (extraprocessual), não mantendo qualquer relação com as questões fáticas lá discutidas, nem precisando ser conhecido por todas as pessoas, por toda uma comunidade.

De todo o exposto, é possível concluir que a notoriedade traz consigo 2 (duas) características que bem fundamentam sua existência e sua aplicabilidade, uma centrada no fato de que ao julgador não se permite que ignore aquilo que é de amplo conhecimento, outra lastreada no pensamento legislativo de homenagem aos princípios da economia e da celeridade processuais.

Quanto à confissão, situação expressa no art. 334, inc. II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), é possível defini-la como a admissão, como verdadeiro, de um fato ou de um conjunto de fatos desfavoráveis para quem confessa, mas favoráveis ao que postula a parte adversa. A confissão é ato da própria parte, que não visa beneficiar-se dele (SANTOS, 2000, p. 432). Assim, não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, contexto que, dentro da linha de raciocínio que adotamos em nossa tese, também precisa ser relativizado.

Por outro lado, é possível considerar tratar-se de uma declaração, pessoal ou através de um representante legal, sendo, também, um verdadeiro meio de prova, tanto que explicitada no art. 348, do mesmo Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443). A mesma legislação civil portuguesa assevera, em seu art. 352º (PORTUGAL, 2011, p. 109), que a confissão é um reconhecimento que a parte faz da realidade de um fato que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária.

A doutrina dispõe, de forma genérica, a classificação da confissão em *efetiva* ou *ficta*, *judicial* ou *extrajudicial*, *espontânea* ou *provocada*.

A confissão pode ser *efetiva* ou *ficta*. A primeira se aperfeiçoa através de uma conduta ou atitude positiva adotada pela parte relativamente a algo ocorrido no mundo fático e manifestada nos autos, perante o órgão jurisdicional. A segunda, por sua vez, consiste em mera ficção jurídica, como o nome sugere, pouco importando se diagnóstica, ou não, o efetivamente acontecido no mundo fático.

A confissão também é classificada como *judicial*, ou seja, realizada nos próprios autos, ou *extrajudicial*, aquela realizada através de um documento que pode ser endereçado à parte contrária ou a quem a represente, podendo ser oral nas situações em que o ordenamento não exige prova literal (art. 353, parágrafo único, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)).

Já a confissão considerada *espontânea* é aquela que vem à baila por iniciativa da própria parte que assim resolve se manifestar, ao passo que a *provocada* é a resultante do interrogatório ou depoimento pessoal da parte (arts. 342/343, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)).²⁴

No que concerne à natureza jurídica da confissão, é preciso que se entenda que não se trata de um ato negocial com concessões de ambos os lados, mas, sim, de meio de prova propriamente dito. E explica-se.

É fato que, na confissão, há o reconhecimento voluntário da verdade de determinados fatos que são desfavoráveis ao confitente e favoráveis à parte contrária. Todavia, tal reconhecimento traz em si conteúdo do passado, provando obrigação anterior. Não se firma um novo contrato, nem se constitui uma obrigação, pois ambos seriam preexistentes à própria confissão.

Mais ainda, aquele que confessa o faz por vontade própria, ainda que indiretamente tenha consciência que está beneficiando a parte contrária. Age, assim, por questão de ordem moral, por interesse no reconhecimento da verdade quando da solução definitiva que será dada para uma determinada demanda, trazendo consigo, destarte, o principal fundamento da confissão, qual seja, seu caráter psicológico. A certeza moral que advém do reconhecimento expresso pelo confitente acaba, portanto, sendo substituída pela certeza legal, a qual o órgão jurisdicional, até mesmo para que conjugue melhores argumentos para a prolação do provimento, não pode deixar de levá-la em consideração.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, na mesma linha de pensamento, expressam que o importante na confissão não se baseia na vontade de produção dos efeitos jurídicos que dela decorrem, mas tomar consciência dos fatos então confessados, pois os tais efeitos jurídicos viriam diretamente da lei (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 125).

²⁴Sobre o tema, LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 205/208, aprofundando o estudo da classificação e aponta classificação adicional, a saber, a confissão *complexa*, representada quando o confitente trouxe fatos novos aos autos.

É claro, também, que se trata de um ato de renúncia ao próprio direito, mas uma renúncia que se funda em princípio muito maior, qual seja, o da obrigação de sempre retratar a verdade não importam as consequências; o princípio da moralidade, cujo supremo maior é a razão humana.

A concordância das partes relativamente a um determinado fato resulta, como mencionado, na imposição de um limite ao órgão jurisdicional, pois não pode deixar de, a ela, conferir o devido valor e tomar como base de sua solução. Não é à toa, aliás, que o legislador pátrio, no art. 350, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443), atesta que a confissão judicial faz prova contra aquele que confessa.

Há que se ponderar, porém, que ainda que se possa considerar a confissão como uma prova plena, a mesma deverá ser valorizada pelo órgão jurisdicional naquele determinado caso, podendo ocorrer, até mesmo, que o seu conteúdo não corresponda à verdade que a situação exige (SILVA, 1971, p. 234). Não se quer, com isso, afirmar que não se levará em conta, no contexto decisório, toda e qualquer confissão, mas que esta será ponderada diante dos demais elementos probatórios, jamais gerando a preclusão do exercício da prova como direito fundamental constitucional que é.

Em suma, a confissão tem como natureza jurídica o fato de ser um meio de prova, tanto que assim explicitado no texto processual civil.²⁵ Por ocasião do estudo dos meios de prova (capítulo 4), o tema será devidamente complementado.

O Código de Processo Civil faz, porém, distinção entre fatos confessados e fatos incontroversos, estes previstos no art. 334, III (BRASIL, 2011, p. 442), não obstante ambos não dependam de prova. A diferenciação, aliás, faz sentido a partir do momento em que se sabe que um determinado fato pode tornar-se incontroverso em razão de outro motivo, diferentemente da confissão.

O fato incontroverso é aquele confessado por uma das partes ou aquele admitido pela parte contrária. Se não há controvérsia, entende o legislador que não há o que ser provado, interpretação que se apoiou, nitidamente, na compreensão de que a palavra *prova* se limita à verificação, tão-somente, dos fatos sobre os quais exista alguma pendência de dúvida em relação ao que está afirmado nos autos.

²⁵ Sobre o tema, LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 501/595, apresenta trabalho de peso que deve ser verificado com todo apuro e importância que o estudo sobre a confissão requer.

Reafirmamos que o que se deve provar são as *afirmações dos fatos*, motivo pelo qual a prova, como instituto estruturante do procedimento dirigido para tal verificação, deve se assentar naquilo sobre o que efetivamente se litiga e que traga, em seu bojo, a divergência, a controvérsia.

Aqui, porém, outra ressalva, por fundamental, deve ser feita no que diz respeito à aceitação do órgão jurisdicional, de forma automática, daquilo que restar incontroverso nos autos, tal qual antes declinado em relação ao estudo da confissão. É que, por mais simplório que pareça, todos os argumentos trazidos pelas partes devem ser integralmente considerados e analisados, mesmo que sejam posteriormente rejeitados, sempre de forma motivada.

Entender algo como incontroverso, privilegiando o princípio da economia processual, dentro da idéia que deve ser refutada de busca descontrolada dos escopos metajurídicos do processo, não significa, em momento algum, desprezar o restante do acervo probatório, muito menos deixar de lado a inafastável conduta que deve ser adotada pelo órgão jurisdicional no sentido de sempre possibilitar, às partes, o pleno exercício do contraditório em torno do tema.

O debate processual há de ser, no direito democrático, devidamente compartilhado, pois não se admite, sob hipótese alguma, por exemplo, a rejeição, o indeferimento de alguma produção probatória, ao bel prazer daquele que será responsável pela elaboração do provimento final, o que fará tornar, este último, eivado de ilegitimidade.

O aforismo da *verdade imposta* não pode ser o embaixador da livre convicção do juiz, até porque é preciso que se entenda a cognição jurisdicional como definitivamente vinculada à principiologia constitucional e às argumentações inseridas nos autos.

Ainda que incontroversos os fatos, a valorização deve se aperfeiçoar de forma compartilhada no procedimento, pois são os sujeitos do processo os verdadeiros responsáveis pela delimitação do objeto litigioso. As provas não pertencem ao juiz, sendo este, tão-somente, o fomentador direto, o responsável pela implementação dos direitos fundamentais, no caso, do direito fundamental à prova.

Ponto igualmente relevante, e que está diretamente relacionado à desnecessidade de produção probatória, reside na situação em que os fatos não são contestados (respondidos), o que conduziria ao reconhecimento judicial da

presunção legal de sua veracidade, consoante expõe o art. 334, inc. IV, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442).

Princípio adotado pelo legislador pátrio, o da *eventualidade* se assenta no fato de que a parte que figura no pólo passivo da demanda deve impugnar todos os pontos afirmados pela parte contrária (art. 300, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 439)).

Nesta direção, também manifestou-se o mesmo legislador que, uma vez que a parte requerida tenha comparecido em juízo, porém, deixando de se manifestar sobre os fatos relacionados na petição inicial, as afirmações lá constantes tornar-se-iam incontroversas e, portanto, presumivelmente verdadeiras (art. 302, *caput*, do Código de Processo Civil (BRASIL, ANO, p. 440)).

E foi mais além. Explicitou que, caso a parte requerida não comparecesse em juízo e não contestasse o pedido inicial, a ela seriam aplicados os efeitos decorrentes do reconhecimento do instituto da revelia, do qual decorre a presunção de veracidade das alegações consignadas pela parte requerente (art. 319, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 441)).

Fica patenteado, diante de tais proposições legislativas, ainda alicerçadas numa perspectiva privatista e relacionada à idéia de *relação jurídica processual*, que o procedimento deverá ter solução de continuidade, ainda que não se constate, nos autos, a apresentação de peça de resposta.

O desenvolvimento dos atos jurisdicionais, em tais casos, se dará com a colaboração de apenas um dos sujeitos processuais, a parte requerente, pois não se pode impingir um contraditório, de maneira forçada, como se o exercício do direito de resposta fosse uma obrigatoriedade. A opção da parte requerida se deu, desde que devidamente cientificado (bem como seu patrono), por razões próprias, por sua inércia, e aqui não é o caso de se falar que o caminhar procedimental, mesmo assim, seria uma punição ou uma sanção ao desidioso, mas uma imperiosidade constitucional para que aquela lesão ou ameaça a algum direito fosse examinada pelo órgão jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 11)).

Segundo o ensinamento de Plácido Silva (1984, p. 141), revelia provém do latim *rebellis*, a significar rebeldia, acrescentando que, sob a ótica jurídica, seria a parte requerida que não teria atendido ao chamado para acompanhar a demanda

contra si intentada, deixando de comparecer aos autos pessoalmente ou por mandatário constituído.

Aqui, pela própria natureza do tema objeto da tese, um breve apanhado histórico, notadamente do processo civil romano, se faz pertinente.

Assim, dentro do pensamento de que seria necessário que as partes expusessem seus argumentos, o processo civil romano já deixava evidente a necessidade de participação de ambas as partes no procedimento, concebendo o *contumax* como aquele que deixasse de se apresentar em juízo, após ter sido devidamente intimado de 3 (três) editos, com intervalo de 10 (dez) dias cada um, seguidos de outro (TUCCI, 1964, p. 21). Assim, a revelia se aperfeiçoava quando houvesse desobediência à ordem de comparecimento que emanava do édito.

Há que se destacar, porém, que cada período de desenvolvimento do processo romano apresentava características próprias relacionadas à revelia.

O período das *legis actiones*, por exemplo, essencialmente oral, desdobrava-se em 2 (duas) fases: *in iure* e *in iudicio*, sendo de natureza eminentemente privada. Na primeira fase (desenvolvida perante o magistrado que, por sua vez, nomeava o juiz para cada caso), não se questionava a respeito da revelia, uma vez que a instauração procedimental somente se efetivava com o comparecimento da parte requerida. Há, porém, divergência doutrinária neste sentido.²⁶ Na segunda fase, porém, praticamente nenhuma dúvida havia no sentido da sua aplicabilidade.²⁷

No período conhecido como *per formula*, igualmente dividido em 2 (duas) fases, uma nova concepção descortinava e repudiava o exagerado formalismo do período anterior, não tendo sido suficiente, mesmo assim, para que se chegasse a algum consenso doutrinário acerca da implicância dos efeitos da revelia.²⁸

Por fim, no período da *cognitio extra ordinem*, momento histórico em que se presenciou a união do *in iure* e do *in iudicio*, abolindo as fórmulas e sintetizando a

²⁶ Os mais combatentes neste sentido foram Rogério Lauria Tucci e Calmon de Passos.

²⁷ José Joaquim Calmon de Passos, de forma bastante elucidativa, esclareceu que havia divergência sobre a aplicabilidade dos efeitos da revelia somente no que concerne à primeira fase do período das *legis actiones*, preconizando que “pela afirmativa se pronunciavam Sérgio Costa e Goldschmidt e, entre nós, Lopes da Costa, ensinando que, se não comparece a parte no procedimento *in iudicio*, triunfa a parte que comparece” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. São Paulo: Forense, 1975, p. 332).

²⁸ Rita Ganesini, doutrinadora que abordou a origem da revelia com profundidade, expôs que havia uma certa dúvida sobre a admissão da revelia na primeira fase, pois alguns somente a admitiam na fase posterior do *in iudicio*, divergindo, também, quanto às consequências advindas (*Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.8).

necessidade de que a pretensão inicial deveria se aperfeiçoar através da escrita²⁹, com posterior citação da parte adversa através de um procedimento administrativo (foram os primeiros passos para que se pudesse compreender a evolução do ato citatório até os dias atuais), constata-se ter havido uma maior (e necessária) preocupação para com a ausência de manifestação da parte requerida, mesmo porque os magistrados deixaram de ser particulares indicados pelas partes e passaram a ser funcionários do Estado romano.

Por tal razão, entendia-se que após 3 (três) éditos, com intervalo de 10 (dez) dias entre cada um, seria o caso de se declarar contumaz a parte requerida que deixasse de comparecer em juízo. Rita Ganesini bem sintetizou o desenvolvimento do instituto no direito romano:

[...] nos primórdios, a ausência do demandado não permitia a instauração da relação jurídica processual; depois, atribuíram-se ao não atendimento ao chamado feito pelo magistrado consequências processuais; surge o processo contumacial, sendo proferida a sentença com fundamento nas provas produzidas; da exigência coativa do comparecimento do réu, em Juízo, para se defender, passa-se à exigência de seu segundo chamamento, facultando-se (e não mais obrigando-se) o seu comparecimento, reconhecendo-se a subordinação do interesse privado ao público – consecução da justiça – e não vice-versa. (GINAESINI, 1977, p. 12).

Inferre-se, com isso, que os primeiros sinais de preocupação em relação à ausência de resposta da pretensão inicial tiveram lugar no período da *cognitio extra ordinem* e que a evolução de idéias exteriorizadas ao longo dos séculos, o que implicou, até mesmo, no restabelecimento do direito romano através do trabalho dos glosadores, no século XI, culminou com o que se observa, modernamente, e que estabelece que o comparecimento em juízo, da parte requerida, não se faz obrigatório, situação que pode trazer consigo, porém, as consequências e os riscos daquela omissão.

Ora, se a finalidade da prova é, justamente, a de servir como elemento de lastro na atividade cognitiva, vez que representa e demonstra os elementos da realidade objetiva, significando verdadeiro fator de visibilidade da argumentação jurídica (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 206) num processo jurisdicional democrático,

²⁹ José Marcos Rodrigues Vieira, com clareza, disserta em idêntico sentido e acrescenta que o fundamento é a autoridade estatal para, em seguida, complementar que “a contumácia é o não-comparecimento do réu, considerado atentado à autoridade pública”, da mesma forma que, no sentido inverso, o não comparecimento da parte requerente, de forma injustificada, poderia originar a obrigação de indenizar a parte contrária (*Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 26/27).

deixar de vir a Juízo (o que não afasta a possibilidade de intervir no feito em qualquer fase, a teor do que dispõe o art. 322, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 441)) e optar pela manifestação do órgão jurisdicional que poderá reconhecer e acolher, ou não, os argumentos inicialmente expostos, inquestionavelmente, é atitude temerária e que somente contribui para a presunção de veracidade dos fatos afirmados pela parte requerente (efeito material) e o conseqüente impulso procedimental sem a obrigatoriedade de intimação do revel (efeito processual).

Há que se ponderar, por logicidade, que o simples fato de se reconhecer os efeitos da revelia não tem o condão de tornar verossímil aquilo que, de forma irregular e sem qualquer embasamento probatório, estiver indicado na inicial. A chamada presunção relativa coaduna com a *ratio* da presente tese, alicerçada na obrigatoriedade do respeito (e observância) pelo direito fundamental à prova como consequência para a legitimidade dos provimentos, até porque nenhum ato decisório pode ser considerado legitimado com lastro, tão-somente, na ausência de resposta da parte requerida.³⁰

É preciso que se mencione, porém (e diante da opção legislativa), que a simples ausência de resposta não se aplica a todas as situações possíveis e imagináveis.

E as hipóteses legalmente previstas são 3 (três).

A primeira esclarece que não se presumem verdadeiros os fatos não impugnados se disserem respeito a direitos indisponíveis, pois estes são

³⁰ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido da presunção relativa em diversos julgados, destacando-se os seguintes:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVELIA. EFEITOS. PRECLUSÃO (CPC, ART. 473). ENERGIA ELÉTRICA. MEDIDOR ADULTERADO. FRAUDE COMPROVADA. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 333, I E II, DO CPC, 3º, § 2º, 6º, VIII, 22, parágrafo único, 42, 47 E 51, IV E X, DO CDC, 1º E 6º §1º, DA LEI 8.987/95. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INADMISSIBILIDADE. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A presunção de veracidade dos fatos, gerada pela revelia (CPC, art. 319), é relativa e, no caso, foi afastada pelos elementos de prova existentes nos autos. (...)” (AgRg no Ag 776511/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 30/04/2007). (BRASIL, 2007).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. REVELIA. EFEITOS. ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa. O alcance do artigo 319 do Código de Processo Civil deve ser mitigado, porquanto a revelia não induz obrigatoriamente à procedência do pedido inicial, que dependerá do exame pelo magistrado de todas as evidências e provas dos autos. Precedentes. 2. Recurso especial improvido” (REsp 689331/AL, Rel. Min. Castro Meira, DJ 13/03/2006). (BRASIL, 2006).

considerados com grau de relevância social superior aos de natureza privada (art. 302, inc. I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 440)).

A segunda expõe que também não se presumem verdadeiros os fatos cuja prova requer a forma escrita, é dizer, se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considerar da substância do ato (art. 302, inc. II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 440)).

A terceira e última hipótese determina que não são presumidos como verdadeiros os fatos não impugnados se estiverem em contradição com a defesa, como acontece quando a parte requerida contesta apenas alguns dos fatos alegados na inicial, decorrendo, da impugnação destes, a rejeição dos demais (art. 302, inc. III, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 440)).

Quer se entender que o espírito do legislador em tais situações foi o de coligir a maior carga probatória possível (respeitando e aplicando o direito fundamental à prova) para a prolação do provimento final, notadamente se tomarmos em consideração os motivos que as lastreiam, tanto que foi além ao permitir que o advogado dativo, o curador especial e o representante do Ministério Público apresentem resposta genérica, sem que, diante de tal comportamento, sejam entendidos como verdadeiros os fatos que não tenham sido especificamente impugnados (art. 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 440)).

De todo o exposto, é possível concluir que a notoriedade traz consigo 2 (duas) características que bem fundamentam sua existência e sua aplicabilidade, uma centrada no fato de que ao julgador não se permite que ignore aquilo que é de amplo conhecimento, outra lastreada no pensamento legislativo de homenagem aos princípios da economia e da celeridade processuais.

3.4 Os meios e as fontes de prova

Para que melhor se compreenda o direito fundamental à prova, notadamente as formas através das quais um fato pode ser provado, importa fazer a distinção entre o que seriam os *meios* e as *fontes* de prova, levando em consideração a idoneidade da origem e do caminho para que se chegue e se produza determinada prova. A distinção, porém, apresenta-se mais sob a perspectiva acadêmica do que

sob a ordem prática, mesmo porque eventual confusão dos conceitos não afeta os efeitos que produzem.

Em definição singular e sempre inspirada, José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 212) aponta que os *meios* de prova seriam as “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz”. São aqueles instrumentos que possibilitam extrair as provas das *fontes*, fixando-as, sendo obtidos, portanto, durante o *iter* procedimental (de natureza processual), tanto que a eles destinado um capítulo próprio em seguida.

Já em relação às *fontes* de prova, elas podem ser “reais” (decorrem do estado de uma coisa) ou “pessoais” (provêm da afirmação consciente de uma pessoa sobre o fato probando), sendo providas, assim, antes do iniciar do procedimento e independentemente deste. São indicadas pelas partes ao juiz, constituindo-se, a exceção, a hipótese da inspeção judicial (art. 440, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 449)).

Para Pontes de Miranda (1974, p. 257), porém, não há distinção, afirmando que os *meios* de prova seriam as *fontes* probantes, através dos quais os elementos ou motivos de prova são produzidos, como os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes.

O pensamento de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 47), por sua vez, é no sentido de que os *meios* de prova são as técnicas destinadas a atuar sobre as *fontes* de prova e delas extrair o conhecimento dos fatos relevantes para a causa.

Em Giuseppe Chiovenda, os conceitos de *meios* e *fontes* de prova se equiparam, afirmando, o jurista italiano, o seguinte:

Meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos da prova (assim, nos exemplos aduzidos, a pessoa da testemunha, os lugares inspecionados). Consistem os procedimentos probatórios no conjunto das atividades necessárias a pôr o juiz em comunicação com os meios de prova ou a verificar a atendibilidade de uma prova. (CHIOVENDA, 1998, p. 114).

Francesco Carnelutti (2002, p. 99), em complemento à análise doutrinária, retrata que os *meios* de prova se constituem na percepção, pelo juiz, da busca da verdade do fato que se quer provar, enquanto que as *fontes* seriam o fato, em si, do qual se serve, o mesmo julgador, para que se possa chegar à verdade.

De todo o exposto, é possível concluir, a despeito de se saber se importa sua distinção acadêmica ou não, que as *fontes* se situam entre os sujeitos e o

próprio processo (sob a concepção de que a prova serve ao processo), enquanto que os *meios* seriam o resultado das técnicas empregadas quando as fontes são incorporadas aos autos.

Comungamos, portanto, com o pensamento de que as pessoas e as coisas formam as *fontes* de prova que alicerçam o convencimento do órgão judicial, enquanto que os *meios* de prova se constituem na forma através da qual as *fontes* são admitidas nos autos do processo. Exemplifica-se com uma ação de cobrança embasada por um contrato, em que, do conteúdo deste último (meio), será possível extrair as informações necessárias (caráter documental).

3.4.1 O contraponto de Carnelutti: a incidência somente sobre as provas indiretas

Não obstante o mencionado no introito do presente capítulo sobre a pouca utilidade prática da distinção que se faz entre *meios* e *fontes* de prova, é possível, utilizando-se da doutrina de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2011, p. 70/71), classificar as provas em: *a*) diretas ou indiretas, quanto ao seu objeto; *b*) pessoais ou reais, quanto à fonte de prova; *c*) testemunhal (oral), documental e material, quanto à forma da prova; *d*) casuais (simples) ou preconstituídas, quanto à preparação.

No que importa para a compreensão do tema em exame, motivo pelo qual optou-se por trazer, ainda que brevemente, a clássica classificação doutrinária das provas, Francesco Carnelutti (2000, p. 499) asseverou que, sob uma análise da noção lógica da prova, o conhecimento desta suporia uma relação entre o sujeito e o objeto da prova, havendo, portanto, a possibilidade de uma relação *imediata* e de uma *mediata*. Assim, a primeira situação seria a da prova *direta*, em que o fato por provar está sob os sentidos de quem o verifica (daí porque a chama também de *histórica*), enquanto que a segunda, a da prova *indireta*, se situaria na constatação de um fato indireto que serviria para que o verificador formulasse seu juízo (daí porque a chama de *crítica*).³¹

³¹ O mesmo jurista italiano ainda cita como exemplo “o fato por provar é que o vinho entregue pelo vendedor ao comprador tem o sabor de mofo, pode ocorrer que o próprio verificador examine o vinho ou que recolha o testemunho de quem o examinou”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. 1ª edição. V. 2. São Paulo: Classicbook, 2000, p. 499.

Em suma, tudo aquilo que não derivasse do conhecimento de quem julgasse para com o fato que se queria provar seria uma prova *indireta*.

O que Carnelutti (2000, p. 499) quis afirmar é que a distinção entre *meios* e *fontes* de prova somente incidiria sobre as provas *indiretas*, pois nestas haveria um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto de prova, ao qual se daria o nome de *meio* ou *fonte* de prova. Fora de tal situação não seria possível a distinção.

Aqui, o órgão judicial teria conhecimento do fato que se quer provar a partir da existência e constatação de outro fato, que o representaria. Através da fala de uma testemunha, por exemplo, o juiz pode chegar ao objeto da prova (fato que se quer provar), sendo, a fala contida na declaração testemunhal, então, seu objeto de percepção.

Convém, a propósito, trazer o seguinte trecho que bem explicita o pensamento de Carnelutti e enfatiza a distinção que o jurista quis fazer:

Não tenho necessidade de acrescentar, como é natural, que não faço aqui uma questão de palavras e que, portanto, não atribuo importância alguma a como sejam chamados os dois conceitos, senão ao fato de que sejam designados com nomes distintos ou, pelo menos, a que se acentue de algum modo a diferença entre eles. Enquanto isso, e até que não se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta *meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e *fonte de prova* ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade. (CARNELUTTI, 2000, p. 99).

Diante da perspectiva carneluttiana, portanto, não se pode olvidar que a mesma teve o seu valor contributivo para que fossem (re)pensados ambos os conceitos encartados na teoria geral da prova.

O que não se pode conceber, porque ausente de eficácia, é que se estabeleça, como relevante nos dias atuais, o contraponto de ideias feito pelo autor.

É que partindo do pressuposto de que assimilamos os *meios* de prova como o resultado das técnicas empregadas quando as provas são incorporadas aos autos, sendo exemplos a prova documental, prova testemunhal, a prova pericial etc., bem como que as *fontes* de prova são os fatos indicados pelas partes ao juiz para que se possa produzir uma determinada prova, pouco importa a implicância da diferenciação conceitual, mormente se seriam provas *indiretas* ou não.

Não se quer, com isso, relegar a um segundo plano o pensamento de Carnelutti, de quem as idéias e o raciocínio lógico-jurídico devem ser sempre

levados em consideração, mas, sim, poder registrar que não se consegue extrair da apartação conceitual a importância que almejava o autor italiano.

Os tempos são outros e é preciso que se confira efetividade, no sentido técnico, à prova, fazendo valer o caráter de direito fundamental que ostenta constitucionalmente, ainda que a doutrina clássica do respeitável jurista italiano insista em dar contornos diferenciados aos referidos temas.

3.4.2 Tipicidade e atipicidade dos meios de prova

No que concerne à admissibilidade das provas, convém destacar que o exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito deve compreender a admissibilidade plena não somente daquelas provas reconhecidas como *típicas*, bem como daquelas que a doutrina denomina *atípicas*, desde que, é claro, sejam moralmente legítimas.

Não se aceita, sob pena do reconhecimento de fulminar previsão constitucional e de implicar em evidente alegação de cerceamento de defesa, qualquer entendimento que impeça as partes de produzirem as provas que considerarem necessárias, insista-se, desde que compreendidas no conceito de legitimidade. A hermenêutica constitucional não pactua, no paradigma democrático, com o indeferimento de produção de prova.

Aliás, o pensamento de que o rol dos meios de prova é taxativo colide frontalmente com a própria natureza da prova como direito fundamental que é.

As provas *típicas* ou *nominadas* são aquelas que se encontram previamente reguladas em lei (arts. 212, do Código Civil, e 342/443, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 178 e 443)).

De forma diversa, as provas *atípicas* ou *inominadas* são aquelas que “podem constituir úteis elementos de conhecimento dos fatos da causa, mas não estão especificamente reguladas em lei” (CAMBI, 2006, p. 40), sendo exemplos a prova emprestada, a inquirição de testemunhas técnicas (inseridas no projeto de lei que embasa o novo texto processual civil, art. 469 (BRASIL, 2011, p. 452)).

Em termos constitucionais, o art. 5º, inc. LV (BRASIL, 2011, p. 12), assegura a produção probatória ao estabelecer, dentro do que se compreende como *ampla defesa*, a possibilidade de utilização de todos os *meios* a ela inerentes. O legislador constituinte, portanto, não consignou qualquer restrição neste sentido, tendo apenas

afirmado, no inciso seguinte, não ser possível a obtenção de provas por meios ilícitos.

Em termos infraconstitucionais, o atual Código Civil prescreve, em seu art. 212 (BRASIL, 2011, p. 178), que, salvo em relação a negócio a que se imponha forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção ou perícia.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1939 estabelecia, em seu art. 208 (BRASIL, 2012), a admissibilidade em juízo de todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.³² A prova, como se percebe, era compreendida como tema de direito material.

Já o texto processual civil vigente, na redação do art. 332 (BRASIL, 2011, p. 442), estabelece, igualmente, a possibilidade de admissibilidade de todos os meios legais, mesmo que não especificados, além dos moralmente legítimos.³³

Diante de tais assertivas e da interpretação que, conseqüentemente, se deve conferir ao que estabelecem o texto constitucional e a legislação infraconstitucional, cumpre reconhecer que o sistema processual vigente possibilita uma ampliação das espécies de provas, o que faz pressupor que os sujeitos processuais têm liberdade na tarefa de construção do provimento, contribuindo, de forma efetiva, para o convencimento que se almeja.

A possibilidade de admissão das provas *atípicas* ou *inominadas* dá a exata dimensão do que se pretende demonstrar no presente estudo, pois trata-se de ideia coadunada com a base principiológica e que fortalecerá a legitimidade do provimento final ao permitir, via reflexa, o diálogo processual.

José Carlos Barbosa Moreira (2011, p. 495/496) em estudo avançado para a época (1.993), escreveu que as provas atípicas deveriam ser analisadas não sob a ótica de que estariam sendo inventadas provas diferentes daquelas tradicionais, não sob o ponto de vista da fonte em que se busca o conhecimento, mas, sim, sob a ótica da forma como seriam produzidas, questionando, ao final de sua assertiva,

³² A redação do art. 208, do Código de Processo Civil de 1939, era a seguinte: “São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais”.

³³ Aqui, a inspiração legislativa veio do art. 87, do Codice di Procedura dello Stato della Città del Vaticano, conforme menciona Egas D. Moniz de Aragão. *Exegese do Código de Processo Civil*. V. 4, t. I. Rio de Janeiro: Aide, 1984, p. 71. A mesma observação foi feita por José Carlos Barbosa Moreira no artigo intitulado “Provas atípicas”. In: *Doutrinas essenciais – Processo Civil*. Org. Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 497.

como se teria acesso a fontes de informação por modos diferentes daqueles já expressamente regulamentados.

Mais adiante, após ter citado os exemplos de aceitação das provas *atípicas* em países como Alemanha (somente com construção jurisprudencial) e Itália (sem norma legal neste sentido), o mesmo autor, com veemência, faz a seguinte e ponderada consideração:

Ora, se nesses países mesmo sem norma expressa que consagre tal possibilidade, ela é admitida, *a fortiori* não há porque duvidar dessa mesma possibilidade entre nós. Estaríamos até desobedecendo ao art. 332, se entendêssemos que o elenco das provas contidas e reguladas expressamente na lei seria realmente exaustivo, e não comportaria qualquer variação. No Brasil, para obedecer à lei, temos de admitir a possibilidade de provas atípicas, do contrário, esvaziariamos totalmente o conteúdo do art. 332. (BABOSA MOREIRA, 2011, p. 497).

Ousamos discordar da doutrina abalizada de Eduardo Cambi (2006, p. 44), para quem o tratamento dado às provas *atípicas* estaria recheado de várias dificuldades em razão da ausência de uma legislação específica.

É que, independentemente da ausência de legislação que regulamente, de forma detalhada, as provas *atípicas*, acolhemos, com José Carlos Barbosa Moreira, o entendimento de que aquelas devem ser admitidas nos autos preferindo-se “a forma que melhor atenda à garantia do contraditório” (BARBOSA MOREIRA, 2011, p. 508), não obstante possam ter sido pré-constituídas sem a formação contraditória.

Em suma, admitindo-se a prova *atípica* e respeitada a garantia do contraditório, elemento que se mostra imprescindível, crucial, para a formação do convencimento do órgão judicial, possibilitando-se manifestação das partes, em simétrica paridade, sobre ela, não há motivo para que se imagine o surgimento de dificuldades neste ou naquele sentido.

Poder-se-ia argumentar com o seguinte questionamento: mas e a valoração da prova *atípica*? Como deve ser feita?

A resposta também vem com José Carlos Barbosa Moreira, para quem, mesmo em se considerando que a liberdade de valoração da prova não deve jamais significar arbítrio, a aplicação da garantia constitucional do contraditório quando da colheita resolveria qualquer indagação, acrescentando:

Esse princípio deve estar presente no nosso espírito quando formos valorar uma prova atípica, quando estivermos diante de uma fonte de informação, à

qual tivemos acesso por uma forma diferente da prevista na lei, sem as garantias em função das quais a lei estabeleceu as formalidades a serem observadas na colheita daquela prova. (BARBOSA MOREIRA, 2011, p. 508/509).

Resta claro, portanto, que qualquer anomalia envolvendo as provas *atípicas* pode ser compatibilizada com o respeito à garantia constitucional do contraditório, se não na prévia formação da prova, ao menos após sua admissão e posterior valoração.³⁴

3.5 Finalidade da prova: conhecimento da verdade histórica, dialética e “formação do convencimento”

A relação entre prova e verdade, para ser compreendida, deve ser analisada sob 2 (duas) óticas, a saber, a ótica *demonstrativa*, advinda das próprias características do direito probatório, e a ótica *persuasiva*, incidente quando da motivação do ato decisório.

Por sua vez, compreender e aceitar que a finalidade da prova é de, tão-somente, servir de argumento para o convencimento do órgão judicial em nada contribui para o amadurecimento das idéias no campo acadêmico.

³⁴ Discursando para uma plateia formada por juízes cariocas, no ano de 1.993, José Carlos Barbosa Moreira complementou sua fala conclamando os presentes para que, ainda que com cautela redobrada, não deixassem de valorar as provas atípicas, mesmo porque tal ato implicaria quando da fundamentação do provimento. E como um conselheiro, falou sobre a necessidade de que todas as teses apresentadas pelos sujeitos processuais fossem analisadas: “É nesse momento que temos de caprichar, se me permitem o verbo: no momento de revelar, na fundamentação da sentença, como foi que formamos convencimento sobre cada uma das questões de fato relevantes. Não podemos “passar por cima” delas, assim como gato sobre brasa, como às vezes acontece, dizendo: “A prova colhida nos autos convenceu-me de que a versão correta é a do autor”. Mas como? Isso não basta. Por que tal ou qual fato não ficou demonstrado? Ou por que ficou? Sabemos que o ideal é sempre inatingível; mas devemos tê-lo sempre em vista, porque ele é que nos indica a direção em que temos de caminhar, cientes, embora, de que a perfeição não é coisa deste mundo e de que jamais chegaremos lá. O ideal é que na sentença as provas fossem dissecadas, elemento por elemento, e não apenas aquelas que nos convenceram de alguma coisa, mas também aquelas que não nos convenceram. A rigor, se estamos aceitando a versão do autor e não estamos aceitando a versão do réu, não bastaria que disséssemos porque foi que achamos convincentes as provas oferecidas pelo autor. Precisariamos dizer, também, porque não achamos convincentes as provas oferecidas pelo réu. É claro que, com montanhas de autos à nossa frente e com as condições nem sempre favoráveis de trabalho em que vivemos, não é possível exigir do juiz que proceda a esse exame minuciosíssimo; todavia, repito, é isso que deveria acontecer. É essa imagem que devemos ter diante dos nossos olhos, ainda que sabendo da nossa imperfeição, da nossa impossibilidade de atingi-la plenamente. Mas isso é que devemos adotar como bússola, como roteiro, como estrela-guia da nossa função, naquele momento, entre todos delicado, em que vamos proferir e fundamentar a nossa decisão. Se a delicadeza já é sempre grande, ela se torna aqui imensa e deve merecer de nós um cuidado extremo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. In: *Doutrinas essenciais – Processo Civil*. Org. Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 509/510).

É preciso, portanto, que se aprofunde o estudo em torno da verdade, da dialética e da formação do convencimento, é preciso que se conheça a evolução histórica do direito probatório, como feito no capítulo 2, a fim de que seja possível melhor assimilar o verdadeiro papel da temática probatória no campo processual civil e fazer com que saíamos da letargia.

Mais do que sair da letargia, aliás, se revela crucial que não fiquemos acomodados em análises estanques e que sequer se lastreiam nas questões de fundo que realmente importam.

Igualmente combatendo a idéia de paralisia acima mencionada, Perfecto Andrés Ibañez, analisando as implicações da atuação do órgão judicial no âmbito da prova, também ponderou que certo é que “a actuação do juiz no âmbito da prova e nas questões com ela relacionadas foi, e nunca deixou de ser, motivo de preocupação, manifestada nos sucessivos intentos históricos de lhe ser subtraído o momento de valoração do quadro probatório” (IBAÑEZ, 2011, p. 157).

A temática probatória, em nosso sentir, nunca está paralisada e deve, sim, ser sempre (re)pensada, a fim de que se compreenda que sua finalidade não é somente a de servir como elemento de convencimento, mas, sim, a de agir como mecanismo de integração da racionalidade pautada pelo ordenamento jurídico e de que se reveste o debate processual.

Estudioso profundo do tema, Hernando Devis Echandía (2002, p. 239/250) aponta que existem 3 (três) teorias que tentam explicar qual seria a finalidade da prova: *a)* atingir a verdade; *b)* fixar formalmente os fatos postos nos autos; *c)* produzir o convencimento do responsável pelo julgamento, a fim de que alcance o que chama de certeza necessária para proferir o provimento.

Analisando uma a uma, entendemos, respeitosamente, que somente a última delas comporta aceitação dentro daquilo que propomos explicitar.

A primeira das teorias não resiste, por exemplo, a uma singela análise, a partir do instante em que trabalha com o conceito de verdade absoluta, seja ela material, seja ela formal, situação que, no processo, jamais será atingida, pois o que se alcança, no mais das hipóteses, é um juízo de probabilidade, a verdade provável, nunca a verdade absoluta.

A doutrina não discrepa e Michele Taruffo (1990, p. 444), a propósito, assim escreveu: “‘verdade dos fatos’ não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria dos elementos que a confirme”.

Já para Cândido Rangel Dinamarco, a seguinte assertiva vem bem a calhar:

O risco de errar é inerente a qualquer processo e a obsessão pela verdade é utópica. Ainda quando se prescindisse por completo do valor celeridade e se exacerbassem as salvaguardas para a completa segurança contra o erro, ainda assim o acerto não seria uma certeza absoluta. (DINAMARCO, 2004, p. 142).

A segunda teoria, da mesma forma, encontra-se diretamente relacionada ao sistema da prova legal, ao tarifamento das provas, de origem germânica, sistema que não é adotado pelo legislador pátrio e que se calca, conforme indicado anteriormente, no estabelecimento de critérios para que se possa compreender, ainda que formalmente, a demonstração dos fatos alegados pelos sujeitos processuais.

Ainda que incompleta, a terceira teoria é a que mais se amolda ao entendimento que pugnamos em nossa pesquisa, ou seja, aquela que realça que a prova serve como elemento de condução, do responsável pelo julgamento, ao convencimento.

Escrevendo a respeito do “ônus da prova” no sistema processual civil português, Rui Manuel de Freitas Rangel (2002, p. 37) estabeleceu, de forma bastante simplória, porém objetiva, que “a finalidade da prova é ajudar a formação da convicção do tribunal sobre a veracidade de uma afirmação de facto alegada pelas partes em juízo”.

Ora, se a legitimidade dos provimentos, como queremos demonstrar, passa pela ampla possibilidade de produção probatória (colhida sob a garantia da ampla defesa e do contraditório), a justificar e a consolidar o exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, infere-se que a prova, acima de tudo, serve como argumento de integração à atividade de persuasão racional, mesmo porque será levada em consideração na formação do convencimento que embasará aquele ato decisório, possibilitando a aferição da veracidade, ou não, das afirmações sobre fatos levados ao conhecimento do órgão judicial.

Denota-se, assim, que a finalidade da prova, *ultima ratio*, decorre da integração entre o sistema da persuasão racional e a formação do convencimento (ambos tratados no item 3.2.1).

E explica-se.

O sistema da persuasão racional, como já visto, consolida-se nos atos praticados pelos sujeitos processuais que têm o propósito de interferência na formação do convencimento (compartilhada), tendo em vista as questões trazidas à discussão. Aqui, não obstante o órgão judicial aprecie as provas produzidas livremente, mas sem qualquer arbitrariedade, extrai sua convicção das provas produzidas, convicção condicionada à obediência das regras jurídicas, a regras de lógica jurídica e a regras de experiência, tanto que devem ser mencionados, no provimento, os motivos que o formaram (SANTOS, 2000, p. 380).

Por outro lado, a formação do convencimento perpassa o resultado alcançado a partir das atividades desenvolvidas nos autos, e em debate processual democrático, jamais sendo possível ao órgão judicial valer-se de elementos probatórios alheios e neles não encartados.

Como se percebe, o sistema da persuasão racional e a formação do convencimento acabam por se complementar, sendo inviável a compreensão de um sem o outro.

Diante de tais assertivas, aprofundando um pouco mais, apresenta-se como desdobramento natural o fato de se buscar conhecer, nos autos, por vezes de forma isolada, a verdade histórica (não a absoluta), aquela representativa das afirmações dos fatos feitas pelas partes, equivalente a uma “correspondência entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes constantes do debate dos autos e uma determinada realidade situada no espaço e no tempo que vem retratada nos autos” (REICHELDT, 2009, p. 147).

A verdade histórica, por certo, significa a manutenção de um compromisso para com a investigação das afirmações trazidas aos autos, mas não como um determinado escopo do processo, como se poderia imaginar, e sim como finalidade da prova. Seu papel, na formação da prova, é o de atuar como elemento de referência das alegações sobre fatos considerados juridicamente relevantes, incidindo sobre a formação do convencimento.

A implicância do que aqui se expõe é a de tentar demonstrar que o principal objetivo a ser alcançado pelo órgão judicial, quando do debate processual, a despeito das considerações doutrinárias num ou noutro sentido, não pode ser, tão-somente, a descoberta da verdade histórica (ainda que ela venha a contribuir, como de fato contribui, para a legitimidade do provimento), mas o de emitir o *decisum* pautado nas afirmações sobre fatos compartilhadas no transcorrer dos autos.

Humberto Theodoro Júnior, discorrendo sobre a finalidade da prova, esclarece, de forma perfunctória, que “o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a justiça postulada pelas partes” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 425).

E mais.

Não obstante todos os esforços empreendidos pelos sujeitos processuais quando da atividade probatória, num espaço processualmente dialogado com respeito e prevalência da garantia do contraditório equilibrado, chegará o momento da emissão do provimento em que nem sempre será possível que o convencimento esteja totalmente alicerçado, mas, mesmo assim, haverá de ser dada a resposta estatal, evidentemente que fundamentada. Surgirá, em tal hipótese, uma oscilação entre aquilo que se apresentou no contexto da descoberta, da demonstração, e aquilo que se pretende no contexto da persuasão, um conflito entre a verdade histórica e as versões trazidas pelos sujeitos processuais aos autos.

Conclui-se, então, que o conhecimento da verdade histórica nada mais é do que um ingrediente que se coloca num espectro maior, o da formação do convencimento, este devidamente limitado pelo ordenamento jurídico, seja em relação às afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e os elementos constantes dos autos, seja em relação à limitação das provas, seja quanto aos limites lógicos e de racionalidade.

A prova tem como função possibilitar que os sujeitos do debate processual tenham contato com a realidade histórica que se considera juridicamente relevante, pois acaba sendo um fator de *justificação* da posição defendida por quem vai a Juízo e outro de *argumento* para quem irá emitir o provimento.

É desta forma, então, que se deve compreender a finalidade da prova e os demais elementos que a permeiam, revelando-se fundamental que se reconheça, conjuntamente, o regime jurídico probatório e toda a dimensão de racionalidade que impregna os esforços de convencimento que se desenvolvem ao longo do procedimento.

3.6 Prova emprestada

Por não estar expressamente prevista no ordenamento processual civil brasileiro, a prova emprestada é chamada de prova *atípica* ou *inominada*.

Entende-se por prova emprestada aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo, ao depois, transportada documentalmente para outro, objetivando gerar efeitos em processo distinto (ARANHA, 1987, p. 188).

Moacyr Amaral Santos (2000, p. 363) expõe que a prova de um fato que pode ser produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, e trasladada para outro, por meio de certidão, recebe o nome de prova emprestada.

A definição de Eduardo Talamini (1988, p. 92), por sua vez, é aquela que melhor expressa seu conteúdo e abrangência, pois entende que a prova emprestada assim é chamada por ter a potencialidade de assumir a mesma eficácia probatória que obteria no mesmo processo em que originariamente teria sido produzida.

Jeremy Bentham (1971, p. 3), por sua vez, e na mesma linha de raciocínio, expõe que a prova emprestada é aquela “ya establecida juridicamente pero em otra causa, ya sea en el mismo tribunal o en outro”.

Diante dos conceitos acima explanados, e levando-se em consideração que a ideia que expomos converge com a admissibilidade das provas *atípicas* com a consequente valoração, desde que observada a garantia do contraditório, fica claro que a prova emprestada deve ser admitida em toda e qualquer demanda, sendo decorrência do princípio da economia processual, através do qual se busca a redução das atividades processuais, não sendo impingido à parte a obrigatoriedade de, novamente, demonstrar as afirmações que já restaram assentadas em outros autos.

A renovação da produção probatória representaria, em nosso pensar, verdadeiro retrocesso e não estaria em conformidade com o que tanto almeja o jurisdicionado, ou seja, com a garantia da duração razoável do procedimento estampada no texto constitucional (art. 5º, inc. LXXVIII (BRASIL, 2011, p. 13)).

Condição para a admissibilidade da prova emprestada, entendimento com o qual comungamos, é a de que a mesma tenha sido extraída de feito diverso em que, em princípio, as partes sejam as mesmas. A propósito, Adalberto José de Camargo Aranha ensina que:

O princípio constitucional do contraditório (*audiatur et altera pars*) exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Daí porque a prova emprestada somente poderá surtir efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por

violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário. (ARANHA, 1987, p. 189/190).

Por óbvio que a não intervenção prévia de uma das partes no primeiro processo já seria o suficiente para violar a garantia constitucional do contraditório, mesmo porque o “contradizer” não se limita na simples garantia de defesa em face de uma prova produzida, mas na possibilidade de participação efetiva durante toda a atividade judicial, com o direito de fiscalizar e influenciar o desenvolvimento da instrução probatória (TALAMINI, 1998, p. 96/97).

Portanto, a prova emprestada não vale quando colhida sem a participação daquele contra quem deve operar seus efeitos, sob pena de nulidade do provimento por ofensa à garantia do contraditório quando da formação da prova.

Em contrapartida, a prova produzida em processo administrativo pode ser normalmente trasladada para o processo civil e para o processo penal, consoante farto entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.³⁵

Outro ponto de destaque que merece nossa observação está relacionado com a (des)necessidade de que o órgão judicial atuante no segundo feito seja o mesmo que instruiu os primeiros autos de onde se extrai a prova emprestada.

Comungamos, neste aspecto, do pensamento de Eduardo Cambi (2001, p. 55), neste particular, para quem, mais importante do que a imposição rígida que se pretende do princípio da identidade física do juiz (art. 132, do Código de Processo Civil) é o princípio da inafastabilidade do exercício da função jurisdicional (art.5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 11)). Não se mostra razoável que o contraditório do processo originário tenha sido instruído perante o mesmo órgão judicial do segundo processo, nem mesmo sob a ótica de que haveria violação ao princípio da oralidade, mitigado com certa frequência, como se sabe, em situações como a da oitiva de testemunhas através de carta precatória.

Entendemos, também, que todos os meios legais de prova produzidos, bem como os moralmente legítimos (art. 332, do Código de Processo Civil (BRASIL,

³⁵ “É firme o entendimento desta Corte que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é admitida a utilização no processo administrativo de 'prova emprestada' devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes: MS 10128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22/2/2010, MS 13.986/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/2/2010, MS 13.501/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 09/2/2009, MS 12.536/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008, MS 10.292/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 11/10/2007” (MS 15.823/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 18/8/11). (BRASIL, 2011).

2011, p. 442)) podem ser trasladados para outro, mas a prova emprestada tomará sempre a forma documental, como já consignado, não importando qual tenha sido sua natureza no processo de origem.

Dentro do espírito de lealdade, ainda, com que as partes devem se tratar, impõe-se sejam trasladadas todas as peças referentes à prova que se pretende emprestar (dever de probidade da parte que pretende sua admissão), podendo se constituir sua violação, para a hipótese de finalidade escusa, ato atentatório à dignidade da justiça (art. 14, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 416)).

Há que se ratificar, de outro lado, e por uma questão de lógica, que a prova emprestada tem o condão de assumir a mesma eficácia probatória que obteria no processo em que originariamente produzida, mesmo porque a formação do convencimento do órgão judicial não se baseará, tão-somente, na referida prova, mas, sim, em todos os demais elementos de convicção evidenciados nos autos.

Porquanto óbvio, salienta-se que somente poderão ser emprestadas as provas que não estejam acobertadas pelo manto da nulidade (na sua admissão ou na sua formação), sendo exemplo desta última a perícia realizada por quem não é perito, bem como as provas consideradas ilícitas. A nulidade de um determinado ato processual no processo originário (citação inválida, por exemplo), porém, não invalida todo o processo (art. 248, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 434)) e, portanto, em razão da sua interdependência, não impediria o traslado da prova emprestada.

A valoração e a conseqüente valorização da prova emprestada se darão diante de todo o restante do conjunto probatório, cabendo ao órgão judicial, por não haver norma que a restrinja, explicitar, no provimento, o *quantum* incisivo tenha sido na formação do convencimento.

Arrematamos expondo que, no processo penal, a prova emprestada é admitida desde que submetida, justamente, à garantia do contraditório.

O próprio Supremo Tribunal Federal entende que a utilização de prova emprestada legalmente produzida em outro processo de natureza criminal não ofende os princípios constitucionais do processo (Inq. 2774/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 28.4.2011, publicado em 6.9.2011) (BRASIL, 2011), posicionamento que adota desde o julgado relativo ao HC 78.749/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 25.5.1999, DJ 25.6.1999 (BRASIL, 1999).

Diante da leitura sintetizada de ambos os julgados, fica ressaltado que a prova emprestada utilizada sem o devido contraditório é vedada pelo art. 5º, inc. LV e LVI, da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 12), na medida em que, se assim ocorresse, traduzir-se-ia em prova ilícita (RHC 106.398/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 4.10.2011, DJe 2.4.2012) (BRASIL, 2012).

Idêntica postura tem o Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o seguinte julgado que propugna pela inidoneidade do meio de prova (HC 170.379/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13.12.2011, DJe 1.2.2012) (BRASIL, 2012).

Ponto que merece destaque jurisprudencial, ainda, está relacionado com o fato de que a prova emprestada não pode, por si só, constituir o único elemento de convicção que respalde o convencimento do julgador (HC 180.194/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 1.8.2011) (BRASIL, 2011), mesmo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em linhas gerais, no que concerne ao processo penal, a jurisprudência dos tribunais superiores admite a prova emprestada desde que submetida ao contraditório e desde que não seja o único elemento em que se baseie o convencimento do julgador.³⁶

3.7 Regras de experiência, presunções e indícios

Historicamente, a utilização das regras de experiência, como categoria autônoma, assumiu relevância a partir do momento em que restou mitigado o princípio dispositivo, por meio do qual era proibido ao julgador servir-se da experiência, do conhecimento privado, quando da prolação do provimento.

A percepção maior foi a de que, adotando, o órgão judicial, noções empíricas para a fundamentação dos atos decisórios, não seria crível proibir o emprego das mesmas durante o *iter* procedimental, manifestando-se a doutrina, então, pela possibilidade de uso dos juízos hipotéticos originários da experiência.

³⁶ Em crítica abalizada e que merece realce, a doutrina de Aury Lopes Júnior se posiciona, relativamente aos limites à admissibilidade da prova emprestada no processo penal, no seguinte sentido: “o diálogo que se estabelece com a prova é vinculado ao fato que se quer apurar ou negar. Logo, diferentes diálogos são estabelecidos com uma mesma prova quando se trata de apurar diferentes fatos. É uma relação semiótica completamente diversa. A prova emprestada desconsidera isso e causa sérios prejuízos para todos no processo penal” (*Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 539).

Inserido no art. 335, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), a mesma doutrina ainda aponta para a existência de duas espécies de regras de experiência, quais sejam, a *comum* e a *técnica*, também conhecida por *científica*.

As regras de experiência *comum* são aquelas que decorrem das generalizações constituídas sobre o que ordinariamente acontece no seio da sociedade (*id quod plerumque accidit*), fazendo parte, portanto, do senso e da cultura do homem médio. A origem, portanto, vem da sucessiva reiteração de acontecimentos das quais é possível extrair uma máxima a ser aplicada sempre que se apresentem circunstâncias idênticas de fato (ROSITO, 2007, p. 80). Não estariam inseridas em tais regras, porém, as tendências comportamentais que apresentem conteúdo factual mínimo, notadamente por apresentarem elevado componente subjetivo (MANNARINO, 1993, p. 72).

Já as regras de experiência *técnica* são aquelas que se baseiam no pensamento técnico-científico firmado sobre uma determinada situação fática. Suscita-se, até mesmo, uma aparente prevalência das regras técnicas em relação às regras do senso comum, uma vez que decorreriam do fato de “a ciência apresentar-se cada vez mais capaz de oferecer explicações racionais a questões situadas nos mais diversos setores do saber” (REICHELDT, 2009, p. 172).

A questão que se coloca, porém, e no que importa para a elaboração da presente pesquisa, é a de saber, se no viés de uma procedimentalidade democrática, o uso das regras de experiência, *comuns* ou *técnicas*, para fins de valoração e de valorização da prova, seria compatível com o devido processo constitucional. E entendemos que não, conforme se verá adiante.

Principiando, portanto, pelo exame das ditas regras de experiência, coube ao processualista alemão Friedrich Stein apontar sua conceituação, em linhas gerais, classificando-as como

[...] as definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes dos fatos concretos julgados no processo, e que procedem da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, sobrepondo-se a estes, pretendem ter validade para outros novos. (STEIN, 1973, p. 30).

Aqui, é preciso que se registre, não há dúvidas quanto ao consenso doutrinário que se estabeleceu em seu entorno, destacando-se, entre os autores pátrios que o seguiram Pontes de Miranda (1974, p. 237/246), José Carlos Barbosa

Moreira (1978, p. 13/19), João Batista Lopes (2002, p. 68/69) e Eduardo Cambi (2006, p. 282).

Aprofundando as características das regras de experiência e as visualizando dentro do papel que desempenham na atividade probatória, a doutrina clássica trabalha com a concepção de que cabe ao órgão judicial realizar, na tarefa de exame sobre as afirmações dos fatos, verdadeiro estratagema do tipo dedutivo delineado pela premissa maior (revestida de uma máxima de experiência), pela premissa menor (o fato que se percebeu ou se conheceu), e pela conclusão acerca da existência ou inexistência do fato a provar (TARUFFO, 2001, p. 111).

Todavia, há que se criticar tal raciocínio, uma vez que inadequado à moderna concepção da lógica judiciária, não se podendo reconhecer, notadamente no contexto do Estado Democrático do Direito, que as regras de experiência se situem como premissa maior num debate processual.

Entendemos, portanto, não ser possível considerar as regras de experiência como norma jurídica no raciocínio judicial, muito menos enquadrá-la como uma simples premissa de um método dedutivo, sendo mais apropriado compreendê-las em conformidade tanto com as questões de fato e com as questões de direito debatidas nos autos (ROSITO, 2007, p. 87), ainda que inseridas na idéia do repudiado protagonismo judicial.

Pelo fato de se revestir de concepção dogmática, as regras de experiência, como não poderia deixar de ser, são bastante criticadas pela doutrina, destacando-se, a propósito, o pensamento de Michele Taruffo.

É que o jurista italiano entende que não é possível sequer atribuir um grau maior de racionalidade e credibilidade ao contexto dos autos pela invocação das regras de experiência. Destaca, ainda, que, sendo bastante difícil estabelecer uma completa coerência sobre o senso comum de uma coletividade, fica claro que se mostra falível a tentativa de racionalizar conceitos não-jurídicos através das regras de experiência (TARUFFO, 2001, p.113).

Gerhard Walter, por sua vez, atesta ser até compreensível o fato de as críticas às regras de experiência serem provenientes, principalmente, da doutrina italiana, pois sua aceitação equivale a um temor de retorno ao sistema da prova legal (WALTER, 1985, p. 362).

Tecidas tais considerações, entendemos, por absolutamente inadequada ao contexto de formação do provimento de maneira comparticipada, que a adoção das

regras de experiência demonstra verdadeira incorporação da ideia do protagonismo judicial a que fizemos referência (e refutamos), numa evidência de continuar concentrando, na figura do órgão judicial, a possibilidade plena de realização de uma atividade solitária que promete solução para todas as mazelas que lhe forem apresentadas.

Apesar de Büllow na doutrina, e Klein na legislação, socializadores do século XIX, terem estruturado o processo como relação jurídica e idealizarem o protagonismo judicial, os déficits de legitimidade se revelaram patentes, e ainda se revelam diante do uso das regras de experiência.

O processo democrático se constrói através do inter-relacionamento entre os sujeitos processuais, sem que haja qualquer sobreposição, daí porque imaginar que a atuação isolada do órgão judicial possa prevalecer, como ocorre com o emprego das regras de experiência, privilegia, uma vez mais, o decisionismo e a ausência de implantação do espaço discursivo, com o que não podemos aquiescer, sob hipótese alguma.

O processo estrutura e legitima a formação dos provimentos, mas deve carregar consigo o ideal de que uma nova leitura do sistema transita, invariavelmente, pela comparticipação a possibilitar o exercício pleno, pelo cidadão, da sua autonomia.

Mostra-se completamente dissociada da perspectiva democrática a elaboração de um provimento que venha a ser firmado em impressões pessoais (subjetivas) do órgão judicial, estas baseadas no senso médio do homem comum ou na “concreta experiência do juiz”, mesmo porque as concepções de vida diferem de pessoa para pessoa, não sendo possível estabelecer uma garantia total sobre o que seria o “senso comum” ou sobre a “cultura média de uma coletividade”.

Já encontra-se superado, há tempos, o raciocínio de que o sistema processual trabalharia com um único ator, com um único protagonista, daí porque centralizar todas as esperanças no responsável pelo julgamento, abstraindo da comparticipação na formação do provimento, e permitindo que a motivação se assente em buscas solitárias e com visões próprias (daquilo que se conhece, daquilo que apreendeu na caminhada da vida) que podem e devem ser refutadas

por não resolverem a *quaestio*, representa deixar de lado o caráter democrático do debate no espaço público processual.³⁷

Relativamente às presunções e aos indícios, o raciocínio a ser aplicado deve ser o mesmo.

Primeiramente, quanto às presunções, a doutrina adverte que sua *ratio*, pelo fato de estarem diretamente ligadas ao tema da prova, mas não se constituírem num meio de prova legalmente previsto³⁸, encontra-se centrada no pensamento de que, a partir da ocorrência de determinado fato, pode-se, por dedução lógica (e aqui o solipsismo se aventura novamente na nossa direção), inferir a existência de outro fato, vez que um decorreria, normalmente, do outro, ou ambos deveriam acontecer simultaneamente (MARINONI, 2009, p. 131).

Percebe-se, assim, sua natureza controvertida, cuja função é bastante questionada em termos doutrinários, como não poderia deixar de ser.

As presunções são divididas em 2 (duas) espécies, a saber, as legais (que se subdividem em absolutas, *iuris et de iure*, ou relativas, *iuris tantum*) e as presunções simples (também chamadas de *presumptiones hominis*).

As presunções legais são limitadas e encontram-se diretamente relacionadas com o direito material em si, com a teoria geral da prova. Não chegam a proporcionar elementos de prova, mas dispensam de prova aqueles em favor de quem funcionam, considerando como certos determinados fatos. Já as presunções simples, ao reverso, não são limitadas e atuam no “procedimento de indução e na prova indireta” (ROSITO, 2007, p. 95).

³⁷ Com Karl R. Popper discorrendo sobre os problemas, objetivos e responsabilidade da ciência como um todo (lembrando que o próprio sempre asseverou discordar de todos que opinavam sobre ciência, exceto em relação a Charles Darwin e Albert Einstein), podemos inferir que a concentração da decisão sobre a visão solitária do órgão judicial é algo tão frágil que sequer proporciona argumentos para sua manutenção, ainda que durante determinado período de tempo. Diz o pensador alemão: “Uma vez perante um problema, prosseguimos com dois tipos de tentativa. Tentamos adivinhar, ou conjecturar, uma solução para o problema. E tentamos criticar as nossas soluções, normalmente algo frágeis. Por vezes, um palpite ou conjectura pode aguentar a nossa crítica e testes experimentais por um tempo considerável. Mas, em regra, descobrimos que as nossas conjecturas podem ser refutadas, ou que não resolvem o nosso problema, ou que apenas o resolvem em parte. E descobrimos que até as melhores soluções – as que são capazes de resistir às críticas mais severas dos espíritos mais brilhantes e engenhosos – em breve dão azo a novas dificuldades, a novos problemas. Podemos assim afirmar que o nosso conhecimento aumenta à medida que prosseguimos de velhos problemas para novos problemas, através de conjecturas e refutações – através da refutação das nossas teorias ou, de modo mais geral, das nossas expectativas” (*O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 162/163).

³⁸ Ainda que o inc. IV, do art. 212, do Código Civil, assim estabeleça, a doutrina entende não se tratar de meio de prova, como de fato não o é, destacando-se BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 59; CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 360.

Por seu turno, os indícios são os fatos conhecidos que, por via de raciocínio, sugerem o fato probando, do qual acabam sendo causa ou efeito. Assim, em razão da existência de um fato conhecido, um outro também existiu, com alto grau de probabilidade de que este último (fato desconhecido) seja aquele que se pretende conhecer e provar. É indício, como assinala Michele Taruffo (1992, p. 452), qualquer coisa, circunstância ou comportamento que o juiz entende significativo enquanto possa derivar conclusões relativas ao fato a provar.

Os indícios, portanto, também não são um meio de prova, constituindo-se apenas num determinado fato que deve ser demonstrado através dos demais meios de prova legalmente previstos.

O que se percebe, diante de tais assertivas, é que igualmente não se pode conferir caráter probatório às presunções e aos indícios, uma vez que estes últimos são os elementos iniciais (ponto de partida) de onde partem as primeiras, estas calcadas, como já mencionado, na utilização da via do raciocínio, partindo, portanto, de uma atividade meramente intelectual de indução.

E mais. Não é possível desconsiderar, neste contexto, o fato de que os conceitos de presunções e indícios encontram-se umbilicalmente ligados às regras de experiência, o que permite concluir que, partindo-se de um fato certo (indício), numa inferência lógica (baseada nas regras de experiência), chega-se à demonstração de um fato incerto (presunção simples).

A operação mental que se realiza destaca a partida do abstrato para o concreto, endossando, novamente, a prevalência do subjetivismo, situação que encontra-se divorciada do modelo constitucional de processo e sem qualquer sinal indicativo de participação.

3.8. Ônus da prova

É sabido que o ônus da prova foi, e ainda o é, objeto de vários estudos nas doutrinas brasileira e estrangeira, importando, porém, no que concerne ao objeto da nossa pesquisa, tratar da forma como se dá sua distribuição no contexto atual do processo civil brasileiro, bem como numa tentativa de esboçar o que seria desejável num futuro ordenamento.

O tema é de indubitosa relevância, tanto que parte considerável da doutrina concorda com a idéia de que a repartição do ônus da prova se insere dentre os problemas vitais do processo (CHIOVENDA, 1998, p. 443).

O Código de Processo Civil vigente disciplina a distribuição do ônus da prova em seu art. 333 (BRASIL, 2011, p. 442), norma já prevista na anterior legislação processual de 1939 (BRASIL, 2012), também com suporte semelhante no art. 2.697 do Código Civil da Itália (ITÁLIA, 2011), no art. 377 do Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina e no art. 342º do Código Civil Português (PORTUGAL, 2011, p. 106)³⁹. Evidencia-se, nos breves exemplos, a opção legislativa de alguns países pela inserção da regra de repartição no direito material e outros no direito processual.

Apenas para uma melhor compreensão das linhas seguintes, convém assinalar que *ônus* tem significado distinto de *dever*, este último pressupondo a aplicação de uma sanção quando não obedecido. A propósito, quando a norma jurídica impõe um dever, como, por exemplo, não causar qualquer dano material a outrem, ainda que sob a forma culposa, quer dizer que o responsável pelo infortúnio ficará obrigado a repará-lo (arts. 186 e 927, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 175 e 230)).

Relativamente ao ônus, porém, caso haja o seu descumprimento, a sanção será, tão-somente, de natureza processual. Evidentemente que o sujeito processual que busca a satisfação de sua pretensão tem total interesse no cumprimento do ônus da prova, pois sua atividade positiva implicará em trazer consequências favoráveis ao seu desiderato. Via reflexa, caso opte por se manter inativo, tem total conhecimento das implicações que isto lhe trará.

A referida distinção, ainda que pareça simples, se mostra necessária na medida em que o ônus probatório se apresenta como uma obrigação do sujeito processual que pode resultar em benefício próprio, sendo possível concluir que, embora não haja sanção no ônus, decorre, sim, um encargo.

O ônus da prova, portanto, pode ser conceituado, segundo José Frederico Marques (1974, p. 187), como a necessidade de provar para vencer a causa.

³⁹ Segundo Jorge Augusto Pais do Amaral, jurista português, o ônus da prova “traduz-se, para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova; ou na necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto (trazida ou não pela mesma parte)”. (*Direito Processual Civil*. 10ª edição. Lisboa: Almedina, 2011, p. 271).

A abordagem dos subitens seguintes poderá trazer maiores subsídios para uma compreensão democrática do encargo probatório e suas consequências.

Relevância, ainda, deve ser conferida para o Processo Penal, uma vez que é sabido que a distribuição do ônus da prova há que se fazer, sempre, em parâmetros constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII (BRASIL, 2011, p. 12)).

Assim, cabe à parte acusadora a função de demonstrar e provar a culpa do acusado com lastro na certeza, impondo-se uma interpretação mais apropriada do teor do art. 156, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011, p. 674), após as reformas proporcionadas pelas Leis nº 11.690/08 (BRASIL, 2008) e 11.719/08 (BRASIL, 2008), inclusive, e se o caso, com o decreto de absolvição mesmo que haja fundada dúvida sobre a existência de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.⁴⁰

3.8.1. A razão de ser do ônus da prova

Como já deixamos assentado anteriormente, a prova pertence ao processo, pois, uma vez produzida, servirá aos sujeitos processuais sem distinção. O que não se admite é obrigar o sujeito processual a produzir prova contra si mesmo, contrária ao seu interesse, o que só faria reduzir a nada o princípio dispositivo.

A regra inserida no art. 333, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), distribuindo o ônus da prova entre os sujeitos processuais, traz como embasamento lógico o tratamento isonômico constitucionalmente previsto, igualmente racional, cabendo à parte autora provar os fatos que constituem o direito por ela afirmado, enquanto à parte ré impõe-se demonstrar situações impeditivas, modificativas ou extintivas do pleito inicialmente formulado.

Seria ilógico exigir que alguém que afirma determinado direito seja obrigado a fazer referência a fatos que impeçam o seu reconhecimento pelo órgão judicial.⁴¹

⁴⁰ Em posicionamento crítico e fundamentado acerca das reformas processuais então mencionadas, BARROS, Flaviane de Magalhães, ensina que “a distribuição do ônus da prova deve se manter com base nos parâmetros constitucionais da presunção de inocência. Nessa seara, não se pode dizer que o acusado é quem tem de provar sua inocência, mas sim que cabe à parte que acusa provar a culpa do acusado” (*(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 29).

⁴¹ Exemplificando com o direito alemão, em que não há norma similar ao teor do art. 333, do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart traduzem que o direito tedesco segue lógica idêntica. Argumenta-se que aquele que pretende se ver beneficiado pelos efeitos de uma determinada norma fica jungido a provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação. E complementam: “Se para a aplicação de uma norma são relevantes os fatos constitutivos,

Mais do que representar um encargo para as partes, parcela da doutrina considera que a norma processual vigente seria, relativamente ao órgão judicial, uma mera regra de decisão a ser adotada quando em estado de dúvida.

Entendemos, no entanto, que a atividade de produção probatória alcança o órgão judicial, mas não o vincula somente em estado de dúvida, mesmo porque, na fase de convicção (antes da dúvida), devem ser tomados em consideração, além da natureza dos fatos em discussão e a quem seria impingido o ônus da prova, a situação concreta discutida nos autos.

Se o objetivo da repartição do ônus probatório é o de possibilitar que se chegue ao convencimento diante de um caso concreto, é preciso que também se entenda que a exigência para tanto irá variar de acordo com as peculiaridades de cada situação levada em juízo. Como o convencimento precede a prolação do provimento, fica inviável admitir que a regra do ônus da prova somente teria importância para possibilitar a emissão daquele mesmo provimento em caso de dúvida.

O que se quer dizer, de forma sintetizada, é que o órgão judicial pode, até mesmo, decidir favoravelmente àquela parte que não cumpriu seu encargo probatório, levando em consideração, na dialética processual, o conjunto probatório como um todo, no que se inclui a prova produzida pela parte contrária.

E mais, sendo a atividade probatória elemento fundamental para a compreensão da exata dimensão do processo civil contemporâneo, não se pode olvidar do seu vínculo em relação à participação dos sujeitos processuais, através da garantia do contraditório, já que configura condição de legitimidade do provimento (democracia participativa).

A produção da prova, não obstante o comando inserto no art. 333, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), não se reveste de conduta imprescindível para a prolação de um provimento favorável. O ônus da prova, e aqui entra a questão do “risco”, somente aponta que a parte que não cumprir o encargo estará sujeita ao risco de uma decisão que lhe seja desfavorável. É preciso que se

impeditivos, modificativos e extintivos, aquele que deseja a produção dos seus efeitos deve provar somente os fatos que são exigidos para a sua aplicação, e não os que impedem a sua aplicação, ou modificam ou extinguem o direito. Na ausência de regra expressa sobre a divisão do ônus da prova, a doutrina alemã, desenvolvendo a ideia de que a discussão em torno da aplicação de uma norma pode girar em torno dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, chegou à conclusão lógica de que o autor somente deveria provar os fatos pressupostos para a aplicação da norma, e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 160).

compreenda que a idéia de se repartir o encargo probatório não traz como consequência imediata o fato de que, produzida a prova, o resultado será favorável, mas sim o de relacionar a produção probatória a uma possibilidade maior de convencimento do órgão judicial.

O rigorismo da lei está sobreposto pela norma constitucional do direito fundamental à prova e, nesse sentido, não se pode supor que todo o conjunto probatório seja deixado em segundo plano se restou cumprida, ou não, a regra do ônus da prova.

3.8.2. Ônus da prova subjetivo e objetivo

Bem se observou, diante do exposto no subitem anterior, que a repartição do ônus probatório, mais do que poder se traduzir como uma regra de decisão⁴², constitui-se, também, em norma organizacional da atividade probatória a ser desenvolvida pelos sujeitos processuais (ECHANDÍA, 1998, p. 424/425).

Nesse contexto, a distribuição do ônus da prova acaba por desempenhar dupla função: estrutura a atividade probatória, dimensionando-a entre os sujeitos processuais (subjetiva); atua como possibilidade de contribuir para o convencimento do órgão judicial (objetiva), até porque é incabível pronunciamento pelo *non liquet*.⁴³

Fica claro, a partir do advento do Estado Democrático de Direito e do real significado de um procedimento compartilhado, que se apresenta como totalmente equivocado o pensamento doutrinário, e até mesmo jurisprudencial, de conferir maior relevância à função objetiva, desprezando, sem qualquer razão de ser, a função subjetiva.

⁴² Sob tal perspectiva, o jurista italiano Gian Antônio Micheli, que tão bem se debruçou sobre a questão do ônus da prova em obra específica, mas em tom diverso do que ora defendemos, prefere considerá-lo de forma unitária, tão-somente com o caráter de regra de decisão, proporcionando ao juiz a possibilidade de se pronunciar em qualquer caso, inclusive quando forem ignorados fatos relevantes da controvérsia. Acrescenta que é preciso superar as contraposições entre aspecto objeto e aspecto subjetivo e que é preciso deslocar a importância para a atividade de julgamento. (MICHELLI, Gian Antônio. *L'onere della prova*. 2ª edição. Padova: Cedam, 1966, p. 112). Pontes de Miranda também foi adepto da ideia de existência, tão-somente, do ônus objetivo da prova: "O ônus da prova é objetivo, não subjetivo (...) Uma vez que todos têm de provas, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova (...) O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª edição. V.6, 1997, p. 270/271).

⁴³ "As normas pressupõem-se conhecidas do juiz, mas a instrução pode não esclarecer (ou esclarecer insuficientemente) os fatos relevantes e controvertidos do processo. Ainda assim, o juiz tem o dever (poder-dever) de julgar, sendo-lhe vedado pronunciar *non liquet*". (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154).

Minimizar a importância do ônus da prova enquanto regra de estruturação da atividade probatória significa ignorar o caráter dialético do processo decorrente da cooperação mútua. A democracia participativa e o exercício ativo da cidadania, em questões processuais, é algo que, mais do que ser estimulado, necessita ser respeitado.

No Estado Constitucional, a democracia se molda num procedimento permeado pela observância e garantia do contraditório, através da qual os sujeitos processuais desempenham suas respectivas atividades, não apenas alegando, mas também requerendo e produzindo provas.

Entendemos como condição essencial, sob a égide da democracia, sejam destacadas a importância e também o significado de representação da função subjetiva do ônus probatório. Não se aceita, por óbvio, que as regras legais somente interessam diante da ausência de uma prova eficaz que resulte em certeza do juízo, tampouco que as ditas regras somente devem ser aplicadas caso uma determinada circunstância de fato não tenha sido demonstrada, como, infelizmente, boa parte da doutrina ainda se posiciona.⁴⁴

Com Artur Carpes, corroboramos a seguinte idéia:

Ora, se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes - na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória -, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva. (CARPES, 2010, p. 54).

A partir do instante, finalizando nosso raciocínio, em que se confere a devida observância aos aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova, quer-se crer que estaremos afastando a idéia antidemocrática de formalização da decisão judicial.

3.8.3. A distribuição estática do ônus da prova e a teoria da carga dinâmica da prova.

⁴⁴ Hermes Zaneti Júnior, descrevendo o Estado Democrático de Direito e o papel do contraditório como elemento de participação dos destinatários finais nos atos decisórios, acrescenta, com Fazzalari, tratar-se de situação que inverte o conceito de processo, o qual passa a ser compreendido como 'procedimento em contraditório', abandonando a teoria da 'relação jurídica processual' que servia "a qualquer facção ideológica" (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O processo constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 62/63).

A teoria das cargas dinâmicas da prova (ou teoria da carga dinâmica da prova) é atribuída a Jorge W. Peyrano, jurista argentino, deitando suas raízes na concepção de Bentham, no século XIX, que já defendia a atribuição do ônus da prova à parte que pudesse dele desincumbir-se com menos inconvenientes, menor perda de tempo e de despesas.⁴⁵

O art. 333, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), tem em sua redação o reflexo da chamada “teoria das normas”, determinando que o ônus da prova sobre uma alegação do fato recaia sobre aquele que pretenda a aplicação da norma invocada, cabendo ao réu o mesmo ônus de desconstituir as alegações que ensejem a aplicação de tais normas, através de uma defesa indireta.

A dicção do dispositivo legal é a seguinte:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
 I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
 II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
 Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
 I – recair sobre direito indisponível da parte;
 II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito.
 (BRASIL, 2011, p. 442)

Inferre-se, a despeito de se observar o caráter estático da regra, haver autorização para que as partes convençam em torno do ônus probatório, somente não sendo possível quando recair sobre direito indisponível e quando tornar demasiadamente difícil o exercício de um direito.

Percebe-se que o objetivo do legislador foi o de fazer vincular a distribuição do ônus da prova à lei material, fixando-o, de forma genérica, sob a responsabilidade da parte que pretende ver reconhecido determinado direito. A preocupação mais se assentou por respaldar a segurança jurídica e a igualdade formal entre as partes, o que, de plano, nos remete a uma visão liberal do tema.

Evidencia-se, portanto, o caráter hermético da regra, uma vez que deixa o órgão judicial sem qualquer possibilidade de modificação, acreditando que a lei tivesse a capacidade de prever toda e qualquer situação conflituosa levada em juízo.

⁴⁵ A teoria dos “ônus probatórios dinâmicos” teria sido inicialmente manifestada por ocasião das Quintas Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático, realizadas em Júpín, na Argentina, em outubro do ano de 1992 (PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inés (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 19/20).

Por certo, não se pensava, quando da elaboração do texto processual civil vigente, que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa não pudessem prescindir de um processo que estivesse adaptado às circunstâncias do caso concreto. A norma, acima de tudo, e de todos, disporia de respostas para toda e qualquer situação conflituosa, imaginando, o legislador, repita-se, com idéias liberais, que conseguiria dar vazão ao procedimento probatório na sua inteireza. Ficou claro que a pretensão era a de garantir que as partes fossem tratadas de forma imparcial, sem qualquer tipo de discriminação, e que a segurança jurídica pudesse prevalecer.

Obviamente, o resultado que se tem, no contexto de um Estado Democrático de Direito que entende a prova como um direito fundamental, possibilitando o amplo acesso à jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 11)), não é o mais adequado, tampouco o mais desejado. A distribuição do ônus da prova, tal qual hoje prevista, se apresenta alheia à realidade de igualdade substancial dos sujeitos processuais, situação que apenas poderá ser visualizada diante da peculiaridade de cada caso concreto.

Ora, uma coisa é clara: a lei, genérica e abstrata, passível de abarcar uma sociedade formada por iguais (verdadeira utopia), em momento algum pode ser aplicada a todo e qualquer caso, como se imaginava, pois as características da sociedade em que vivemos, com distintos grupos e classes sociais, fazem surgir inúmeros fenômenos e diferentes situações conflituosas que exigem uma normatividade diversa e que corresponda às necessidades, bem como tenham a aptidão de serem substituídas quando do surgimento de novas necessidades.

Não foi por outro motivo, aliás, que surgiram teorias tentando modificar ou dar uma outra visão ao *status quo*, dentre elas a teoria da dinamização do ônus probatório, a qual ganha certo espaço na seara doutrinária, legislativa e jurisprudencial, muito mais condizente com aquilo que se espera de um ordenamento direcionado a dar respaldo aos conflitos levados ao conhecimento do órgão judicial.

Por ocasião do capítulo 7, examinamos o teor do projeto de lei responsável pelo novo Código de Processo Civil, o qual, caso aprovado consoante as emendas apresentadas no Congresso Nacional, representará uma mudança de pensamento muito mais adaptada à variedade de litígios que hoje são levados ao conhecimento

do órgão judicial em que é possível observar a disparidade de forças dentre os sujeitos processuais, notadamente no que diz respeito à atividade probatória.

A conclusão inarredável a que chegamos é no sentido de que a distribuição do ônus da prova se constitui em técnica processual que tem o objetivo de estruturar a atividade probatória e que não pode deixar de se ajustar ao sistema de normas em que está inserida.

Assim, entendemos ser importante adequar o procedimento de forma a conferir uma maior efetividade ao direito processual, desde que, por óbvio, haja conformidade com a Constituição Federal, possibilitando o pleno exercício do direito fundamental à prova. A lei nem sempre está formalizada e fundamentada para que ocorra a distribuição de um ônus probatório adequado ao caso concreto, razão pela qual estará, inclusive, violando direito fundamental caso não sofra a devida alteração.

Há que se deixar de lado a influência que recebemos de uma estrita obediência à legalidade, como se fosse a solução para todas as mazelas, a fim de que, quiçá, possamos compreender o direito, um dia, como uma ciência que se constrói na dialética. Há tempos que o juiz deixou de ser “a boca da lei”, devendo ser respeitada a legalidade substancial que, sob o paradigma democrático, impõe a “correção da lei às diretrizes constitucionais” (CARPES, 2010, p. 72).

O ajustamento da ciência jurídica, especialmente do direito processual, engloba a construção participada para a prolação do provimento, tudo em conformidade com as circunstâncias concretas do caso levado ao conhecimento do órgão judicial. A conquista dos novos direitos fundamentais, no século XX, principalmente, acabou sendo reforçada após a Segunda Guerra Mundial, ganhando espaço em nosso território a partir da Constituição de 1988, responsável por inserir a prova no seu ideário e o acesso à jurisdição. Cabe, assim, ao ordenamento processual, possibilitar a plena realização de tais direitos fundamentais, dando a sua resposta, não apenas de forma abstrata, mas à luz de cada caso concreto.

Com certeza, pensando na disposição do texto constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2011), trazendo diversos artigos que melhor traduziram a participação, em juízo, daquele que ela definiu como “consumidor”. A tessitura realizada por meio de provas abertas possibilitou, dentre outras situações, a chamada “inversão do ônus da prova” (art. 6º, inc. VIII (BRASIL, 2011, p. 856)), através da qual o órgão judicial, constatando que

as alegações do consumidor são dotadas de verossimilhança e que este último é hipossuficiente, pode flexibilizar, melhor dizendo, relativizar a norma prevista no art. 333, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), adaptando-a a uma situação concreta.

A teoria da carga dinâmica da prova teve seu fundamento primário em doutrinas abalizadas para, somente depois, ter sido erigida à legalidade, não permitindo que o órgão judicial, diante da presença dos requisitos autorizadores, como ocorre na legislação consumerista, não a considere.⁴⁶

É importante que sejam buscadas as bases teóricas para a dinamização do ônus probatório, em consonância com a essência do Estado Democrático de Direito, a fim de que possamos fixá-las e adequá-las ao processo civil brasileiro, ainda que, futuramente, venham a ser modificadas, dentro do raciocínio popperiano de falibilidade.

Em nossa compreensão, mais do que rechaçar o teor do art. 333, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442), é preciso que se tenha em mente, antes de qualquer outro item, o respeito ao direito fundamental de acesso à jurisdição e o respeito à ampla produção probatória, mandamentos constitucionais, quando da elaboração da técnica de dinamização que será aplicada ao caso concreto, não deixando de lado, também, a questão inerente a um outro direito fundamental, não menos importante, a da igualdade substancial das partes. É que a igualdade constitui a base para que o órgão judicial operacionalize referida técnica toda vez que observar desequilíbrio nos esforços de prova.

Em linhas gerais, o que a possibilidade de dinamização do ônus probatório trará é o fato de poder conformar, constitucionalmente, a atividade probatória, fundamentalmente nas oportunidades em que o modelo legal, diante de um caso concreto, não se adapte a esses preceitos constitucionais de acesso a jurisdição, de igualdade substancial e de direito fundamental à prova.

Caso uma das partes apresente melhores condições de prova, segundo o caso concreto trazido aos autos, a dinamização tem o condão de ajustar o exercício do direito fundamental à prova, naquela situação exata, impedindo tratamento

⁴⁶ Ainda que se mencione que a manifestação mais remota da doutrina data do Século XIX, através de Jeremy Bentham, fato é que quem mais atuou de forma dogmática a desenvolver a temática da carga dinâmica da prova foi o jurista argentino Jorge W. Peyrano, notadamente a partir da década de 80 do século passado (GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 45).

diferenciado a um ou outro sujeito processual. Há uma evidência de desigualdade em relação à produção probatória que necessita ser corrigida, e assim o será, no momento certo.

A propósito do momento em que deve ser proferida a decisão que determina que se opere a dinamização do ônus da prova, sabemos que há opiniões doutrinárias no sentido de que a mesma deve ocorrer quando da sentença, outros entendendo que a decisão deve se dar na fase postulatória, logo após o recebimento da inicial, além de uma terceira corrente sustentando que o provimento deve ocorrer quando do saneamento do processo.

Uma quarta corrente, porém, entendia que não haveria momento processual para que o juiz fixasse o ônus da prova ou sua dinamização, posicionamento calcado na idéia de que não se estaria tratando de uma regra de procedimento, tornando-se desnecessário, nas relações de consumo avisar a parte contrária.⁴⁷

O Superior Tribunal de Justiça, dentro do raciocínio que comungamos em nossa tese, consignou, depois de vários outros entendimentos em sentido diverso, que a técnica de dinamização do ônus probatório deve se dar, preferencialmente, até o momento processual em que proferido o despacho saneador ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade, conforme segue:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA RESP Nº 422.778 - SP (2007/0233500-0)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

EMBARGANTE: SPAIPA S/A INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS

ADVOGADA: ESTEFANIA FERREIRA DE SOUZA DE VIVEIROS

EMBARGADO: FRANCISCO FERRAZ CALDAS FILHO

ADVOGADO: PAULO RANGEL DO NASCIMENTO E OUTRO(S)

INTERES.: COMPANHIA PAULISTA DE SEGUROS

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.

⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 203.225/MG. Rel: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 2.4.2002, p. 344; REsp nº 422.788/SP. Rel: Ministro Castro Filho, j. 19.6.2007, p.220. (BRASIL, 2007).

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.
3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.
4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexos causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).
5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (BRASIL, 2011).

Esperamos que o referido entendimento seja agasalhado pelas demais turmas e pelo pleno do Superior Tribunal de Justiça, pois, em se tratando de regra de instrução, a dinamização do ônus probatório deve, quando observada, não servir como elemento surpresa, assegurando, àquele a quem não teria o encargo, num primeiro momento, a possibilidade de reabertura da oportunidade.

4 MEIOS DE PROVA LEGALMENTE PREVISTOS

Como já abordado anteriormente, reiterando, ainda, o caráter descritivo do presente capítulo, os meios de prova são as formas e respectivas técnicas utilizadas para se demonstrar a verdade dos fatos e acontecimentos discutidos em determinados autos.

Cada sujeito processual, por certo, enxerga e narra os fatos conforme lhes convém. E o órgão judicial, que respalda suas ações pela imparcialidade, realiza e/ou permite aos demais sujeitos processuais produzirem as provas definidas na legislação pátria, à sua frente, além das provas consideradas atípicas (vide capítulo 3), assistindo-as e conduzindo-as, tudo na busca da formação legitimada do provimento.

Mais importante, porém, do que a enumeração detalhada das características de cada um dos meios de prova, é a possibilidade da ampla produção no espaço processual dialogado, e desde que respeitada incondicionalmente a garantia do contraditório.

Para a presente pesquisa, importa o estudo dos seguintes meios de prova legalmente previstos: depoimento pessoal; confissão; prova documental; prova testemunhal; prova pericial.

4.1 Depoimento pessoal

Elemento de relevância ímpar, o depoimento pessoal é o primeiro meio de prova abordado pelo Código de Processo Civil, constituindo-se na narrativa, na versão de cada uma das partes sobre os acontecimentos levados à seara judicial.

Por tal motivo, embora haja entendimento de que este meio de prova não seria confiável em razão dos interesses próprios envolvidos, há casos em que apenas as partes detêm o conhecimento dos fatos e podem esclarecê-los.

O depoimento pessoal norteia-se pelo princípio da oralidade, consistindo, portanto, na oitiva das partes⁴⁸, realizada pelo órgão judicial que, por sua vez, deve

⁴⁸ Parte, segundo Giuseppe Chiovenda, é “aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 2, nº 214. Campinas: Bookseller, 1998, p. 278.

tentar extrair informações esclarecedoras e convincentes sobre os fatos que serão objetos do provimento a ser emanado.

Esse, inclusive, é um dos mais relevantes sustentáculos do princípio da identidade física do juiz (art. 132, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 425)), segundo o qual aquele que instruiu os autos deve emitir o provimento.

A propósito, é óbvio que o profissional que acompanhou a instrução processual, em tese, tem mais condições de julgar a causa de forma satisfatória, proferindo a decisão com fidelidade nas provas produzidas e contidas nos autos. Não raras vezes, e a prática revela tal situação, o convencimento pode ser firmado durante a condução de um depoimento, por exemplo, o que pode não estar lealmente registrado nos autos e ser interpretado de outra forma por outro magistrado.

A oitiva da parte, ainda, pode se dar em razão de requerimento da parte adversa, intitulado “depoimento por provocação”, ou por determinação do órgão judicial, *ex officio*, em qualquer fase e para a obtenção de esclarecimentos adicionais, o que se denomina “interrogatório” (art. 342, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)).

O Código de Processo Civil, em seu art. 343 (BRASIL, 2011, p. 443), consolida que, uma vez requerido pela parte contrária, e deferido, caso a parte se recuse ou não compareça para depor, tem-se que os fatos afirmados em seu desfavor, serão tomados como verdadeiros.

Embora a legislação assim estabeleça, *data maxima venia*, entendemos que a questão merece cautela, haja vista que, muitas das vezes, quando isso ocorre, a matéria tratada já encontra-se demonstrada nos autos, diametralmente em sentido contrário ao alegado pela parte que solicitou a oitiva daquele que não se dispôs a depor, não podendo esta recusa, isolada do conjunto probatório, bem como o consequente formalismo processual exacerbado, arruinar o sentido maior do Estado Democrático de Direito no exercício da função jurisdicional.

A chamada *confissão ficta* (examinada no item seguinte e pertinente à confissão), então, deve sim ser levada a efeito quando não existirem nos autos provas suficientes que determinem o julgamento dos pedidos iniciais em sentido diverso, pois, nestes casos, fechar os olhos para as afirmações dos fatos, concedendo o direito a quem não o tem verdadeiramente, seria um retrocesso, um

contrassenso aos princípios constitucionais tão desprezados e tão difíceis de serem consolidados.

A negativa em depor pode ser direta ou caracterizar-se pela omissão em responder ou por evasivas, cabendo ao órgão judicial ponderar caso a caso e, diante do restante do conjunto probatório, emitir o necessário provimento.

Observa-se, ainda, que há casos em que a escusa de depor é justificável.

Por vezes, sobrepõe-se o dever do silêncio, decorrente da proteção constitucional e penal ao sigilo profissional, noutras, impera-se o direito ao silêncio, como ocorre nas relações familiares e de amizade.

A diferença é que, na primeira hipótese, a parte não pode falar e, na segunda, pode abrir mão do seu direito de silenciar-se, hipótese em que estará, concomitantemente, assumindo o dever de não mentir com todos seus respectivos ônus legais.

É assegurada à parte, ainda, a faculdade de depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe são imputados, assim como o dever de não depor quando, em razão do estado ou da profissão, tenha que guardar sigilo, não se aplicando esta última ressalva às ações de filiação, divórcio e anulação de casamento, pois resta claro que o dever só ocorre quando envolver fatos relacionados ao estado da pessoa (art. 347, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)).

Assim como acontece no âmbito penal, a parte pode silenciar sobre fatos tidos como criminosos que lhe sejam imputados também no âmbito cível (*nemo tenetur se ipsum accusare* – ninguém é obrigado a acusar a si mesmo; *nemo contra se edere tenetur* – ninguém é obrigado a se denunciar; *nemo testis contra ipsum* – ninguém testemunhe contra si mesmo), vez que o direito ao silêncio sobre fatos criminosos tem natureza de direito fundamental, garantido no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 12), além de estar previsto no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, (BRASIL, 1996).

Infere-se, por óbvio, que o dever de sigilo ou direito ao silêncio, abrange os fatos principais e secundários se uns e/ou outros puderem comprometê-los, direta ou indiretamente.

Todavia, há casos em que a quebra do sigilo está amparada pela autorização do interessado ou seu representante legal, ou por outro direito fundamental, situação em que se averigua a proporcionalidade entre o dever de

segredo e o de comprovar um fato relevante, priorizando o de maior relevância naquele caso concreto.

O art. 229, inc. III, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 180), acrescenta, ainda, o direito ao silêncio quando o depoimento puder expor o depoente, parentes até quarto grau, cônjuge ou amigo íntimo a perigo de vida, demanda ou dano patrimonial imediato, o que a doutrina entende que deva ser ponderado pelo juiz caso a caso, já que em alguns a garantia ora tratada é desarrazoada diante de outros valores tutelados que prevalecem.

Além dessas regras, resta a geral de escusa contemplada no art. 345, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443). Quando a parte alegar motivo justo para depor, caberá ao órgão judicial examinar o caso concreto para aplicar ou não o direito, dada a subjetividade da norma.

Dando continuidade às espécies de depoimento da parte, como visto, este ainda pode ser determinado *ex officio* pelo juiz, o que consubstancia a figura do “interrogatório” (art. 342, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)). A providência é possível em qualquer estágio do processo, inclusive na instância recursal, havendo farto entendimento jurisprudencial, inclusive, neste sentido. Contudo, neste caso, não é possível cominar pena de *confissão ficta* se a parte não comparece ou se recusa a ser interrogada.

Embora existam entendimentos contrários, não há dúvida de que o interrogatório é um meio de prova, ainda que pouco utilizado, pois dele o magistrado pode extrair elementos que, carreados a outros, corroborem na formação da convicção sobre os fatos.

Certo também que, durante seu “depoimento” ou “interrogatório”, a parte pode acabar confessando, tácita ou expressamente, a razão e, via de consequência, o direito da parte contrária. Nestes casos, além da valoração como prova, sua oitiva poderá ensejar punição por litigância de má-fé, já que ficará clara a utilização leviana do Estado para a consolidação de um direito que sabe não lhe pertencer.

Acerca do depoimento da parte, para finalizar, cumpre registrar que os representantes dos incapazes, quando estes figuram como parte, são ouvidos como testemunhas, não havendo que se falar em depoimento pessoal e confissão.

Já os representantes das pessoas jurídicas, embora não se trate de depoimento pessoal propriamente dito, pois a pessoa jurídica não fala por si, mas

através de intermediário, podem ser autores da confissão se tiverem poderes constituídos, legal e formalmente, para tanto e conhecerem efetivamente os fatos.

Indiscutível, assim, que se trata de meio de prova extremamente importante na construção e elaboração do provimento, vez que, aliado ao restante do conjunto probatório, poderá contribuir, e muito, para a consolidação do convencimento do órgão judicial.

É a oportunidade processual, seja o “depoimento pessoal”, seja o “interrogatório”, para que se afira, de forma criteriosa, o comportamento daquele que é inquirido, sendo possível certificar sua relevância diante das demais provas coligidas.

4.2 Confissão

A confissão nada mais é do que o reconhecimento voluntário da ocorrência de um fato, simples ou jurídico, contrário ao seu interesse e, via de consequência, favorável à parte adversa. Trata-se de figura íntima e diretamente vinculada ao “depoimento pessoal”, não sendo por outro motivo que ambos os meios são estudados conjuntamente.

A confissão, portanto, somente se configura quando o fato narrado for desfavorável ao confitente e favorável à outra parte, bem como próprio daquele que o traduz, pois do contrário configuraria “testemunho”, e não confissão.

São, assim, elementos da confissão: a) o sujeito declarante (elemento subjetivo); b) a vontade para declarar (*animus confitendi*, elemento intencional); c) fato contrário ao confitente (elemento objetivo).

O declarante é a parte, que pode confessar diretamente ou por meio de procurador com poderes especiais para este fim.

E por não ser um negócio jurídico, não pode se dar sob condição ou termo. É um ato jurídico em sentido estrito, voluntário de efeitos necessários *ex vi legis*. Observa-se que o art. 213, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 179), não dispõe sobre invalidade, mas sobre ineficácia da confissão feita por quem não disponha dos direitos a ela relacionados. Se a confissão fosse negócio jurídico, estaríamos diante de uma causa de invalidade.

A confissão traduz a exata percepção dos fatos apresentados, constituindo, pois, meio eficiente de prova a partir do instante em que não colida com o restante

do conjunto probatório. A vontade do confitente direciona-se à declaração de um fato e não à produção de um efeito jurídico.

A confissão distingue-se, porém, do “reconhecimento do pedido”. Naquela o objeto é o fato, enquanto nesta o requerido aceita a pretensão do requerente, constituindo-se um negócio jurídico.

E aqui a distinção se mostra extremamente importante, principalmente se levado em conta o resultado final a ser proferido. É que a confissão, por parte do requerido, de um determinado fato trazido aos autos pelo requerente, nem sempre significa abdicação de êxito no processo. Já quando há o “reconhecimento do pedido”, resolve-se o mérito da causa, sagrando-se o autor vitorioso em suas pretensões.

Resta, ainda, objetivamente, distinguir a confissão da “admissão”, por ser igualmente importante para a correta compreensão do instituto. A primeira caracteriza-se por conduta ativa, comissiva, enquanto que a segunda decorre da omissão, conduta passiva. Exemplificando, o procurador não pode confessar se não tiver poderes expressos neste sentido, mas pode admitir.

Doutrinariamente, a confissão é classificada como “real”, efetivamente feita pelo confitente, ou “ficta”, que é aquela que reputa-se ocorrida em razão da revelia.

Diante do exposto, é possível afirmar que o ato jurídico da confissão, dentro do conteúdo probatório revestido de credibilidade, produz alguns efeitos processuais, a saber: *a)* implica na abdicação do direito de a parte produzir prova sobre o fato confessado; *b)* a parte adversária fica liberada do ônus da prova dos fatos que afirmou; *c)* não vincula o magistrado, que, diante do restante do conjunto probatório, poderá firmar convencimento diverso, o motivando; *d)* a confissão extrajudicial, denominada imprópria, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; *e)* já a confissão feita a terceiro ou contida em testamento não produzirá efeitos típicos do depoimento confessório.

E a legislação ainda regulou a confissão por representante, estabelecendo que o representante legal do incapaz não pode confessar fato que diga respeito ao representado, sendo, portanto, a confissão, em tais casos, ineficaz, recebida como testemunho.

Já a confissão de representante de pessoa jurídica só é eficaz se recair sobre fato contido em seu poder especial de confissão, caso contrário, também é considerado testemunho, a ser valorado livremente pelo juiz.

O art. 352, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443), trata da possibilidade de revogação da confissão, mas aborda, na verdade, hipóteses de invalidação, o que foi tecnicamente corrigido no art. 214, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 179).

Aspecto que deve ser relevado pelo órgão judicial relaciona-se com o fato de a confissão não ter natureza negocial, sendo, assim, irrevogável, podendo ser invalidada em razão de erro de fato ou de coação.

Inferre-se, por fim, e no que interessa ao presente estudo, que a confissão é indivisível, o que significa que a parte não pode invocá-la apenas naquilo que a beneficie, rejeitando-a no que lhe for desfavorável, o que se revelaria conduta extremamente temerária e de má-fé.

Diverge do que ocorre na chamada confissão “complexa”, configurada quando a parte admite o fato do qual decorre o pedido e alega fato novo e até então estranho aos autos, capaz de ensejar defesa de direito material ou a propositura de reconvenção. Neste caso o depoimento é cindível, podendo ser desmembrado em confissão e alegação.

Tal qual o depoimento pessoal da parte, a confissão é meio de prova de inegável importância, em que se percebe a abdicação de um direito material e a possibilidade de exoneração da prova do fato pela parte contrária, desde que em harmonia com o restante das provas inseridas nos autos, produzidas, é claro, sob o crivo do contraditório.

Importa, uma vez mais, reconhecer que a confissão não pode, sob os olhares do órgão judicial, servir de lastro exclusivo para a emissão de determinado provimento. Eduardo Cambi, traçando um paralelo com o Processo Penal, assim se pronuncia:

[...] em outras palavras, a confissão não basta para que o juiz considere os fatos confessados verdadeiros. Essa assertiva ganha maior relevância nos processos civis inquisitórios (v.g., os que versam sobre direito de família). Nesses casos, o problema é de fácil compreensão, porque se pode fazer um paralelo com o processo penal. Atente-se que, se, neste processo, não basta a confissão do réu para a sua condenação, uma vez que o Estado somente tem interesse de punir o acusado se o crime realmente aconteceu e se foi efetivamente praticado pelo confitente (caso contrário, ficaria sem sentido a máxima do *in dubio pro reo*) [...]. (CAMBI, 2006, p. 387).

4.3 Prova documental

A prova documental, também chamada de pré-constituída, se apoia na comum lição doutrinária de ser a mais importante dentre todos os demais meios de prova, além de segura (que não se esvai com o tempo) e de possibilitar uma compreensão imediata do fato que retrata, afastando, dessa forma, qualquer tipo de subjetivismo.

A questão que deve ser enfrentada, no que interessa à presente pesquisa, diz respeito à admissibilidade da prova documental e a uma eventual ausência de limitação legal dessa admissibilidade, o que interferiria, sobretudo, na motivação dos provimentos.

Por outro lado, no que concerne à valoração, ainda que a doutrina aponte que a legislação brasileira tenha adotado o denominado princípio do livre convencimento motivado (como já abordado anteriormente no capítulo 3), é possível afirmar que alguns dispositivos legais do nosso texto processual civil impõem certa valoração aos meios de prova estabelecidos, como, por exemplo, relativamente às reproduções (art. 365 (BRASIL, 2011, p. 444)), ao documento particular (art. 368 (BRASIL, 2011, p. 444)), aos meios de transmissão de dados (art. 372 (BRASIL, 2011, p. 444)), às reproduções mecânicas e eletrônicas (art. 383 (BRASIL, 2011, p. 445)), aos documentos defeituosos (art. 386 (BRASIL, 2011, p. 445)) etc..

Há que se ponderar, todavia, que a presunção que se extrai do que estabelecido legalmente (para a avaliação dos documentos) é relativa, podendo o órgão judicial, se assim entender no caso concreto, e diante do restante do conjunto probatório, conferir diversa valoração a essas provas, evidentemente, como propugnamos, motivando o provimento e legitimando-o.

Não é demais recordar, ainda, que o avanço tecnológico dos dias atuais proporcionou um novo espaço para as relações jurídicas (concretizadas por telefones ou por *sites*, por exemplo), motivo pelo qual a preferência e o culto exagerado à prova documental já não mais subsistem, cabendo ao legislador pátrio, inclusive, rever o entendimento de que, para certos casos, o único meio de prova admissível seria o documental (vide art. 366, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444)).

De qualquer forma, consideremos, com Francesco Carnelutti, que documento é tudo aquilo em que estejam inseridos dados que transmitam idéias ou demonstrem fatos.⁴⁹

Aliás, é o mesmo jurista italiano que traça a distinção entre “fato representativo” e “fato representado”. De acordo com suas lições, “a representação é um sucedâneo da percepção; serve para despertar, mediante um equivalente sensível, a idéia que viria primariamente pela percepção de um fato” (CARNELUTTI, 2005, p. 133).

A existência de uma coisa já é um fato da vida. Quando essa coisa registra a ocorrência de um outro fato, diz-se que ela é um “fato representativo” e que o fato por ela documentado é o “fato representado”. Por conseguinte, tem-se que documento não se resume ou se confunde com prova escrita. Há prova documental não escrita (uma fotografia, por exemplo) do mesmo modo que há prova escrita não documental (um laudo pericial, por exemplo).

Consoante abordado no capítulo 3, no que pertine aos *meios* e *fontes* de prova, ainda é possível afirmar que documento nada mais é do que de onde se extrai a informação sobre o fato ou ato nele representado, é a *fonte* da prova. A prova documental, por sua vez, é o *meio* pelo qual essa fonte é levada e materializada/instrumentalizada no procedimento.

Porque importante, dentro da idéia de ampla produção probatória alicerçada na compreensão da prova como direito fundamental, não se pode confundir, também, *prova documental* e *prova documentada*, uma vez que a primeira se apresenta como o fato ou algo relativo ao fato espelhado em um documento, ao passo que a segunda se incorpora nos meios de prova materializados, registrados nos autos do processo.

É preciso também abordar os dois tipos de documentos destacados pela doutrina: o *instrumento* e o *documento em sentido estrito*. *Instrumento* é o documento preparado justamente para produzir prova de um fato ou negócio jurídico (exemplo: contrato de compra e venda). Por sua vez, *documento em sentido estrito* é o formado sem finalidade ou objetivo específico de utilizá-lo futuramente para provar fato ou situação nele espelhado (a fotografia, por exemplo).

⁴⁹ Segundo Francesco Carnelutti, documento é um meio de representação real, ou objetiva, no que se distingue da representação pessoal, ou subjetiva (*A prova civil*. 4ª edição. Campinas: Bookseller, 2005, p. 190).

Observa-se, a propósito, que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2011), ao tratar de documento público, assimila as idéias de *documento* e de *instrumento público*. Contudo, conhece e utiliza a distinção entre as duas figuras. *Instrumento* é a prova pré-constituída, destinada a prestar-se como prova no futuro, capaz de representar diretamente um fato relevante; *documento* é toda prova apta a diretamente representar um fato, mas que não tenha, em sua origem, sido constituída para tal finalidade.

A prova pode ter dois autores, aquele que a realizou materialmente, chamado de *autor imediato*, e aquele que a registrou/formalizou, conhecido como *autor mediato*, decorrendo daí a distinção feita por Francesco Carnelutti, entre *autore* e *lavoratore*. Segundo o processualista italiano:

[...] elaborador é qualquer um que emprega as próprias energias ao atingimento de um resultado útil; autor, quem emprega energia ao atingimento de um resultado próprio. Na noção de elaborador é decisiva a pertinência da energia; na noção de autor é decisiva a pertinência da energia; na noção de autor a pertinência do resultado. (CARNELUTTI, 1939, p. 230).

Referida distinção é relevante para a identificação do documento como *público* ou *privado*.

Documento *público* é aquele que se forma perante o oficial público, escrivão, tabelião ou servidor público. Público, pois, é o documento formado perante e por autoridade pública, no exercício de suas atribuições legais. Ao contrário, o conceito de documento particular se torna por exclusão, como sendo aquele em que, para a sua formação, não contribuiu qualquer agente público exercendo função pública.

Por sua vez, os artigos 364 a 389, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444/445), cuidam da eficácia probatória do documento.

A presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público decorre da fé pública que lhe é reconhecida. É preciso distinguir, no entanto, o que o oficial declara e o que ao oficial é declarado. A fé pública acoberta apenas o que é declarado pelo oficial, mas não atribui veracidade a declaração feita ao oficial pelo interessado.

Para que o documento possua fé pública, não basta, porém, que seja elaborado por um servidor público, é necessário que tal se dê no exercício regular

de sua função pública, cujas atribuições (competência) abrangem conferir fé pública especificamente ao documento elaborado.

O art. 215, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 179), estabelece que a escritura pública faz “prova plena”. Essa expressão deve ser bem compreendida e interpretada à luz do princípio do livre convencimento motivado.

Na verdade, a interpretação que se deve conferir ao documento público é a de que a autenticidade e a veracidade do seu conteúdo gozam de presunção relativa. Assim, não se pode dizer que o documento público é absoluto e que o seu conteúdo deve sempre prevalecer sobre todo e qualquer outro documento ou meio probatório.

A legislação processual civil exige, em alguns casos, a forma especial como da substância do ato jurídico (*ad solemnitatem*). A escritura pública, por exemplo, é exigida em relação à constituição, transferência ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, para os quais se exige, como elemento, a escritura pública (art. 108, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 170)). Aqui, o que se mostra razoável, nenhum outro meio, por mais especial que seja, poderá suprir-lhe a falta (art. 366, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444)).

A propósito, realçando a importância do instrumento público, seu conteúdo e aspectos formais, estabelece o art. 367, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444), que “o documento, feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular”.

A validade do ato administrativo, não é demais enfatizar, está condicionada à competência do agente público, podendo, o vício, se revelar pela usurpação de função (quando alguém exerce as atribuições próprias de agente público sem ter esta qualidade), pelo excesso de poder (quando o agente excede os limites de sua competência) e pelo exercício de função de fato (quando o agente está investido irregularmente no cargo, emprego ou função, mas aparentemente a situação é legal).

Por sua vez, o vício de forma, conforme reza o art. 2º, parágrafo único, letra “b”, da Lei Federal nº 4.717/65 (BRASIL, 2011, p. 1.253), “consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato”.

Importante destacar, porém, que, em que pese configurar requisito de validade do ato administrativo, a incompetência do agente público, se demonstrada a boa-fé da parte, vem sendo relevada. Trata-se da chamada “teoria do funcionário de fato” (também conhecida por teoria do agente público de fato), que privilegia a segurança jurídica e a confiança depositada pelo particular naquele que, aparentemente, reunia todas as características de um agente público.

Em outras hipóteses, como já visto, o documento irregular, ainda que público, terá valor de um documento particular, se o subscritor não impugnar seu conteúdo ou autenticidade na forma e prazo legais, ou se sua autenticidade for indubitosa porque reconhecida pelo tabelião ou admitida pela parte, conforme dicção do art. 368, *caput*, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444), c/c art. 219, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 179), e dos artigos 369, 372 e 373, *caput*, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444/445).

Quanto aos documentos particulares e sua força probante, é possível extrair as seguintes conclusões: o reconhecimento expresso ou tácito da autenticidade do conteúdo do documento pode ser anulado quando ficar demonstrado ter sido produzido por erro, dolo ou coação; as declarações lançadas num documento não podem ser presumidas verdadeiras em relação a quem não o subscreveu; as declarações contidas em um documento fazem prova contra o signatário quando lhe forem desfavoráveis, até porque não se concebe que, normalmente, o homem minta ao declarar contra si; as declarações, quando favoráveis ao signatário, não lhe servem de prova contra a outra parte, se esta não participou de sua formação e com ela anuiu (documento unilateral); o conteúdo das declarações presume-se conhecido por quem o subscreve e por quem delas tomou ciência inequívoca, não podendo ser opostas a terceiros.

Prosseguindo, tem-se que os documentos particulares chamados “testemunhais” são aqueles que contêm declaração de ciência (relativa a determinado fato) provando a declaração (mas não o fato declarado), cabendo ao interessado o ônus de provar sua veracidade.

De outra sorte, o telegrama, o radiograma, o telex, o fac-símile e outros meios de transmissão de dados têm força probatória inerente ao documento particular, devendo, no entanto, o original, estar assinado pelo remetente.⁵⁰

⁵⁰ Aqui, não se aplica a exigência que revela a Lei Federal nº 9.800/1999, no sentido de que os originais dos documentos apresentados via fac-símile devem ser juntados aos autos no prazo de 5

O documento particular é indivisível, não podendo a parte valer-se do que lhe é favorável e recusando-o naquilo que lhe for desfavorável, salvo se provar que estes não têm fundamento.

Nesses casos, ou seja, quando um documento possuir disposições em dois sentidos controversos, cabe ao juiz valer-se da regra de valoração das provas produzidas, direcionando seu raciocínio segundo o sistema do livre convencimento motivado.⁵¹

O documento, ainda, pode conter vícios “extrínsecos”⁵² e “intrínsecos”⁵³.

Por vezes, o vício pode gerar a falsidade do documento. A falsidade ocorre quando se forma um documento não verdadeiro, seja em sua formação, seja na alteração de um documento verdadeiro.

A falsidade pode ser material ou ideológica. A falsidade material consiste na ofensa à verdade devida à formação de documento falso ou a alterações introduzidas em documento verdadeiro. Por sua vez, falsidade ideológica consiste na introdução de fatos ou declarações falsas em um documento materialmente verdadeiro. Por óbvio que o documento cuja falsidade for arguida, e reconhecida, não poderá ser considerado como fonte de prova.

Quanto aos documentos eletrônicos (perfeitamente inseridos no contexto atual das relações jurídicas, restando desenvolver as técnicas já existentes para lhes

(cinco) dias, mesmo porque a exigência diz respeito à prática de atos processuais somente por meio daquele sistema de transmissão de dados.

⁵¹ Há documentos que fazem a mesma prova que os originais, quais sejam, as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados (art. 365, inc. I, do Código de Processo Civil, c/c art. 216, do Código Civil); os traslados e as certidões extraídas por tabelião ou oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas (art. 365, inc. II, do Código de Processo Civil, c/c art. 217, do Código Civil); as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais (art. 365, inc. III, do Código de Processo Civil); as cópias reprográficas de peças de peças do processo judicial, quando declaradas autênticas pelo seu emitente, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade; os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem; as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. Os originais desses documentos, no entanto, deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para ajuizamento de ação rescisória (art. 365, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil).

⁵² São aqueles que dizem respeito à forma, como, por exemplo, a inobservância de formalidades legais ou dos critérios de competência para a formação de um documento público (art. 367, do Código de Processo Civil), a existência de entrelinha, emenda, rasura ou cancelamento em ponto substancial sem qualquer ressalva (art. 386, do Código de Processo Civil).

⁵³ São aqueles inerentes ao seu conteúdo, à essência do documento ou à substância do ato ou fato nele representado. Ex.: ocorre quando o documento representa um fato ou ideia que não ocorreu.

dar maior segurança e confiabilidade), para que, efetivamente, possuam valor probatório, fundamental se mostra a avaliação do grau de segurança e de certeza que tenham, sobretudo quanto à sua autenticidade, que permite identificar a sua autoria, a sua integridade, que permite garantir inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que poderá garantir a eficácia probatória desses documentos.

Como técnicas já existentes e que estão relacionadas aos documentos eletrônicos, podem ser apontadas nos dias atuais: a assinatura digitalizada; as firmas biométricas; as senhas pessoais (PIN ou Password); a esteganografia, que transforma o documento em um código; a criptografia, técnica mais segura que hoje se tem conhecimento (MARQUES, 2005, p. 152/155).

Produzida a prova documental, é dizer, juntado um documento aos autos e intimada a parte contrária para manifestar-se sobre ele, é possível que ela adote as seguintes atitudes: impugnar a juntada do documento ao argumento de que a prova documental naquele caso ou momento é inadmissível; admitir expressa ou tacitamente a prova documental e arguir sua falsidade através de declaração incidental de que tratam os arts. 390 e seguintes, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 445/446); suscitar a falsidade do documento, impugnando sua autenticidade ou o seu conteúdo, sem necessariamente suscitar o incidente do art. 390; argumentar quanto à sua eficácia probatória.

4.4 Exibição de documento

Ainda que tratada como meio de prova autônomo, a exibição de documento pode ser considerada um meio de obtenção de elementos de prova documental por estar a ela diretamente relacionada (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 192).

O legislador processual civil pátrio deixou assentado, então e inicialmente, que, se a parte estiver impossibilitada de obter o elemento de prova de que precisa ou se o órgão judicial entender imprescindível sua obtenção (para fins de embasar sua motivação) é possível, com fulcro no art. 399, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446), “requisitar” às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes e os

procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta.

Já em relação à “exibição”, o mesmo legislador processual civil pátrio estabeleceu que o pedido pode ser formulado por qualquer das partes em face da outra, ou pelo terceiro interveniente, conforme procedimento regulamentado nos arts. 355 a 359, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443).

Procedimentalmente, uma vez deduzido o pedido, o juiz intimará a parte contrária para que sobre ele se manifeste, na própria peça de resposta, se o pedido for formulado pelo autor em sua inicial; na réplica, se cabível, quando o pedido for formulado pelo réu em sua contestação; em 5 (cinco) dias, contados da intimação, nos demais casos (art. 357, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)).

A necessidade premente é a de que o requerido seja regularmente intimado, ocasião em que poderá exhibir o documento ou coisa; permanecer silente, caso em que o órgão judicial estará autorizado a presumir como verdadeiros os fatos que se pretendia provar por meio do documento ou coisa (art. 359, inc. I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)); recusar-se a exhibir o documento (amparado no art. 363, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444)); negar que o documento ou coisa esteja em seu poder, caso em que o requerente poderá produzir prova para demonstrar o contrário (art. 357, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)), o que, uma vez comprovado, possibilitará ao juiz presumir como verdadeiros os fatos (art. 359, inc. I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)).

A exibição de um documento, ainda, pode ser requerida em face de um terceiro, dando ensejo a um processo incidental, deflagrando uma nova relação jurídica processual, que passa a vincular o requerente e o terceiro-requerido.

Quando se tratar da hipótese indicada no parágrafo anterior, o terceiro, devidamente citado, pode assim proceder: exhibir o documento ou coisa; permanecer silente, comportamento equiparado à recusa tácita (art. 362, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444)); recusar-se a exhibir o documento ou coisa, com fundamento na hipótese do art. 363, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444), cabendo ao órgão judicial ponderar os interesses em jogo, e, entendendo ilegítima, determinar o depósito do documento ou coisa, sob pena de busca e apreensão (art. 362, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444)); negar que o documento ou coisa esteja em seu poder, caso em que o juiz determinará a

instrução, se necessário, do processo incidental, facultando ao requerente produzir prova para demonstrar que o documento ou coisa está com o requerido (art. 361, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 443)), podendo, o juiz, ordenar a apresentação do documento, sob pena de busca e apreensão.

4.5 Prova testemunhal

A importância da prova testemunhal nos países que fazem parte do chamado sistema da *civil law* tende a ser menor, contrariamente ao que ocorre com os países do *common Law* (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 138). Sob o aspecto técnico, porém, à prova testemunhal, por não permitir o conhecimento direto do fato, não é atribuída, regularmente, grande eficácia.

Conceitualmente, a versão dos fatos ou de algo relacionado a eles, declarada por pessoas alheias à relação processual, denomina-se prova testemunhal. Portanto, nenhuma pessoa vinculada à causa pode ser testemunha no processo.

A testemunha depõe sobre o que presenciou ou ouviu, como, por exemplo, o estampido de um tiro. Não obstante, o denominado “depoimento referencial”, aquele em que alguém alega ter ouvido de outrem algo sobre o fato, não tem validade de prova testemunhal, podendo, tão-somente, configurar indício, o que, segundo propomos em nossa tese, não pode ser aceito como meio de prova (capítulo 3).

Da mesma forma, não possui validade aquilo que a testemunha pensa ou imagina sobre os fatos. O depoimento da testemunha não deve conter pareceres ou opiniões, devendo se ater ao que realmente presenciou sobre os fatos.

Luiz Guilherme Mariononi e Sérgio Cruz Arenahart explicitam que:

A testemunha deve narrar o fato, sem se preocupar em qualifica-lo tecnicamente, ou ainda em demonstrar seu significado. Em outras palavras, não cabe à testemunha dizer que a não realização de uma obra, em uma perspectiva de engenharia civil, foi fundamental para a ocorrência do evento. Isso é questão que deve ser elucidada por perito. Nesse exemplo, a testemunha deve apenas declarar se a obra foi ou não realizada. A prova testemunhal não constitui meio hábil para levar ao processo dados técnicos ou análises técnico-científicas – isso se faz por meio de prova pericial, motivo pelo qual, se for essa a intenção da parte, a prova testemunhal deve ser indeferida. (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 713).

Há, porém, situações em que alguém presencia um fato, seja intencional ou circunstancialmente, para a eventualidade da sua discussão no futuro. Essa pessoa pode ou não ter conhecimento técnico a respeito do tema a ser presenciado. Quando tem conhecimento técnico, pode ser ouvida como testemunha ou nomeada como perito, contudo, não podendo exercer as duas funções.

Quando a pessoa presta depoimento como testemunha ela declara o que viu, enquanto que o perito emite parecer técnico sobre a questão. Não há, no entanto, como desvincular por completo o juízo técnico do profissional, quando este é ouvido como testemunha.

Muitas vezes, entretanto, ainda que as testemunhas tenham conhecimentos técnicos, a perícia faz-se necessária para esclarecer tecnicamente algum ponto crucial, o que será examinado quando da análise deste instituto.

É óbvio que a declaração da testemunha recai sobre algo já concretizado. Ainda que o objetivo da parte seja a prova de uma questão futura, o que pode ser evidenciado pela testemunha é apenas um acontecimento pretérito que guarda relação com o que se pretende demonstrar que pode vir a ocorrer.

Por outro lado, dispensada estará a prova testemunhal se os fatos desfavoráveis à posição da parte no processo forem por ela confessados, ou se já tiverem sido comprovados documentalmente (sem que tenha sido arguida sua falsidade), tendo em vista o princípio constitucional da efetividade e da duração razoável do processo. Quando um fato já está provado, desde que sob o crivo do contraditório, não há razão para se alongar desnecessariamente o tempo do processo.

Importante destacar que o art. 393º, do Código Civil português, no seu n. 2 (PORTUGAL, 2011, p. 121), ao tratar da inadmissibilidade da prova testemunhal, consolida que não é admitida prova por testemunhas “quando o fato estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena”. Porém, ressalta-se, que o n. 3 do mesmo artigo, deixa claro que essa regra não é aplicável “a simples interpretação do contexto do documento”.

Existem fatos, porém, que somente podem ser provados por meio de documento, consoante teor do que dispõe o art. 400, inc. II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446).

Por sua vez, o art. 366, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 444), ao prescrever que “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”, deixa assentado que o documento constitui-se requisito para a validade do ato, de forma que, não existindo o documento, o ato é inválido, sendo a prova testemunhal irrelevante e desnecessária.

Em outros casos, os fatos somente se esclarecem mediante prova pericial. Todavia, nestas circunstâncias pode-se admitir a prova testemunhal técnica, que, por seu juízo de conhecimento técnico sobre o assunto, pode ser confrontada com o resultado pericial.

A prova testemunhal é bem vinda quando se busca elucidar fato que possa ser descrito, ainda que tecnicamente. Nessa situação, é possível questionar a opinião técnica da testemunha por meio da prova pericial, o que não significa que a prova testemunhal técnica não possa ser admitida isoladamente ou que deva ser substituída pela prova pericial, imperando-se, no entanto, a necessidade de se investigar a capacidade e idoneidade profissional do depoente.

O art. 401, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446), com regra similar ao teor do art. 2.721, do Código Civil italiano (ITÁLIA, 2011), proíbe, por sua vez, a produção de prova exclusivamente testemunhal em relação a contratos de valor superior a 10 (dez) salários mínimos, não vedando, portanto, nestes casos, a convivência da prova testemunhal, a título de complementação, com outras.

De se destacar, ainda, que, no direito italiano, o juiz pode admitir a prova testemunhal, ainda que o valor do objeto do contrato seja superior ao limite legal, considerando-se a qualidade das partes, a natureza do negócio jurídico e qualquer outra circunstância, o que encontra semelhança, por evidente, no texto legal brasileiro.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, RSTJ 62/417) já se manifestou no sentido de que o dispositivo infraconstitucional em questão deve ser interpretado *cum grano salis*, o que significa que o órgão judicial, em sua atribuição de julgar, pode valorar a prova, independentemente de valores ou regras infraconstitucionais.

Nota-se, entretanto, que a vedação legal relativa à prova exclusivamente testemunhal não se aplica à prova relacionada com a interpretação do contrato, o que, inclusive, é afirmado textualmente pelo Código Civil português (PORTUGAL, 2011, p. 121).

O art. 402, do Código de Processo Civil, por sua vez, registra que:

Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: I – houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; II – o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel. (BRASIL, 2011, p. 446).

Consoante se infere da leitura do dispositivo legal em exame, o inciso I esclarece a questão, afirmando que, para a caracterização de começo de prova escrita, o documento deve emanar “da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova” (BRASIL, 2011, p. 446), acrescentando que o réu também pode produzir prova testemunhal quando há começo de prova escrita proveniente do autor.

Entende-se por “começo de prova por escrito” a prova que seja capaz de trazer ao órgão judicial uma convicção de que o fato afirmado é verossímil e que a sua convicção sobre o litígio poderá se formar a partir da prova testemunhal. Portanto, “começo de prova escrita” não pode ser equiparado a documento em sentido estrito, pois este é suficiente para demonstrar o fato e aquele deve ser conjugado com a prova testemunhal.

A prova deve emanar da parte, seja por escrito ou não, não podendo prover de terceiro. Assim, a declaração escrita por terceiro não pode ser considerada “começo de prova por escrito”. Este tipo de prova, embora escrita, é considerada testemunhal, enfraquecida pelo fato de ter sido formada à distância do contraditório e do controle da parte adversa.

Já o inciso II refere-se à “impossibilidade material”, situação que ocorre quando a exigência da comprovação não seria racional nas circunstâncias do caso concreto, sendo, assim, justificável a sua dispensa. Já a “impossibilidade moral” ocorre quando o fato diz respeito às pessoas ligadas por um vínculo de amizade ou parentesco, o que, por si só, substitui a comprovação por escrito (BRASIL, 2011, p. 446).

A parte inocente pode provar por meio de testemunhas, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e vontade declarada e, nos contratos em geral, os vícios do consentimento (art. 404, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446)).

Observa-se que a regra geral é a de que a prova testemunhal é sempre admissível, conforme se denota da leitura do *caput* do art. 400, do Código de

Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446). Como esta regra foi excepcionada pelo dispositivo que veda a exclusividade testemunhal nos contratos cujo valor exceda o décuplo do salário mínimo, o legislador tratou de estabelecer, no art. 404 (BRASIL, 2011, p. 446), a exceção da exceção, autorizando a prova testemunhal nos casos de simulação e de vícios do consentimento.

Como o art. 184, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 429), afirma a cindibilidade do ato jurídico, conseqüentemente, o vício pode atingir apenas parte do negócio jurídico, cabendo àquele que alega que o todo está viciado, o ônus de prová-lo, assim como aquele que argumenta que apenas parte contém vício, a incumbência de demonstrar esta parcialidade.

Prosseguindo, o art. 405, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446), consolida que podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

No direito alemão, e especialmente no direito anglo-americano, qualquer pessoa pode depor na qualidade de testemunha, atribuindo-se ao juiz o poder de valorar tais depoimentos e deferindo-se à pessoa chamada a depor o poder de se recusar, desde que motivando a recusa.

Relativamente ao depoimento de menor de 16 (dezesesseis) anos, não há dúvidas de que sua fala pode se constituir em sólido elemento de convicção. Se essa declaração pode conter algum vício, encobrendo a “verdade”, isso poderá ser aferido por ocasião do ato processual instrutório, mediante a valoração a ser realizada. Não obstante, o Código Civil vigente não confere oportunidade para tal valoração, admitindo-o apenas em relação aos fatos que sejam de seu exclusivo conhecimento (art. 228, parágrafo único (BRASIL, 2011, p. 180)). De qualquer forma, ao admitir, ainda que excepcionalmente, o depoimento do menor, o texto apresentou evidente avanço, já que descartou a ideia de que os menores seriam incapazes para depor, como afirma do art. 405, p. 1º, inc. III, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446).

O art. 405, p. 1º, inc. I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446), por sua vez, proíbe o depoimento do interdito por demência, enquanto que o inciso II do mesmo dispositivo afirma que o acometido por enfermidade ou por debilidade mental somente está impossibilitado de depor se, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou se, ao tempo em que for chamado para depor, não estivesse habilitado a transmitir as suas percepções.

Recorda-se que a admissão do depoimento testemunhal deve passar pela aferição da credibilidade da testemunha, sendo imprescindível a oitiva do doente mental para verificar sua capacidade de discernimento na época em que os fatos ocorreram. Caso seja caracterizado apenas posteriormente que o depoimento não poderia ter sido prestado, a prova testemunhal não poderá ser valorada.

O art. 405, p. 1º, inc. IV, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446), e o art. 228, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 180), estabelecem que o cego e o surdo não podem prestar depoimento quando a ciência do fato que se quer provar depender dos sentidos que lhes faltam. Ora, se o cego não possui um dos sentidos, e o fato que pode relatar somente pode ser percebido por meio do sentido que lhe falta, é lógico que ele não pode declará-lo. Nada impede, porém, que o cego se pronuncie sobre algo que tenha ouvido e o surdo por algo que tenha visto.

De se observar, por fim, que as testemunhas reconhecidas como impedidas ou suspeitas (art. 405, p. 2º e 3º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446) podem, se o caso, e se forem estritamente necessárias suas falas, serem ouvidas, independentemente de compromisso (art. 405, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446)). As declarações prestadas, a despeito do que preconiza a legislação no sentido de que caberão ao juiz conferir, a elas, o valor que mereçam, serão consideradas como um todo no acervo probatório, mesmo porque é cediço que inexistente hierarquia entre as provas.

4.6 Prova pericial

A prova pericial advém da necessidade de se demonstrar no processo fato que dependa de um conhecimento técnico especializado, que esteja além dos saberes que podem ser exigidos do *homo medius* e do juiz.

O fato que requer conhecimento técnico não interessa apenas ao juiz, mas fundamentalmente às partes, que têm o direito de discuti-lo de forma adequada, mediante, se for o caso, a indicação de assistentes técnicos. Denota-se que a legitimidade do resultado da prova pericial requer que as partes tenham tido a devida possibilidade de participar em contraditório da sua formação.

Enquanto a prova testemunhal se destina a apontar ao processo apenas uma versão leiga sobre os fatos, a prova pericial tem por objetivo uma análise técnica e científica acerca dos mesmos.

O perito é a pessoa – física ou jurídica – com conhecimento técnico adequado e suficiente – considerada idônea e isenta pelo juiz – convocada para esclarecer algum ponto que exija conhecimento técnico especial.

Aplicam-se ao perito – no intuito de assegurar a sua imparcialidade – as mesmas causas de impedimento e suspeição atinentes ao juiz (artigos 138, III, e 423, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 172 e 448)). Por isso, o perito deve se declarar suspeito diante de qualquer um dos motivos dos incisos dos artigos 134 e 135 (BRASIL, 2011, p. 425). Caso assim não proceda, a parte deverá arguir o impedimento ou a suspeição “em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos”.

Apontado o impedimento ou a suspeição, determina-se a autuação da petição em separado e, sem suspender a causa, ouve-se o perito no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária, para, então, julgar-se o pedido (art. 138, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 426)).

O resultado da prova pericial e o juízo dos assistentes técnicos são então transmitidos ao órgão judicial que, na sua atividade de valoração da prova, deverá confrontá-la com as demais produzidas no processo.

De acordo com o art. 420, parágrafo único, inc. I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 448), a prova pericial somente deve ser produzida quando a demonstração do fato depender de conhecimento especial do técnico, devendo, nos termos do inciso II e III, respectivamente, ser indeferida, quando restar patente a impraticabilidade da verificação, ou quando o fato já tiver sido devidamente provado.

Observa-se, no entanto, que o elenco do art. 420, parágrafo único, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 448), é meramente exemplificativo, não havendo óbice para que o juiz indefira a prova pericial fundado em outro mérito.

A prova pericial, por sua vez, consiste em exame, vistoria ou avaliação, não havendo uniformização na doutrina quanto ao significado de exame e vistoria.

A respeito da discordância, convém transcrever:

É reflexo de o Código de Processo Civil utilizar inadequada e irrefletivamente tais vocábulos em suas normas. Perceba-se que não há base para distinguir os dois vocábulos supondo o seu objeto e afirmando, sem nenhuma base normativa, que a vistoria recai sobre imóvel e o exame não. Também não procede, para o efeito da pretendida diferenciação, afirmar que a vistoria é a atividade de quem vê, pois no exame ocorre o mesmo: aquele que vê e relata algo – seja na forma oral ou por escrito – realiza exame ou vistoria. Como o CPC utiliza, sem significação precisa, as

duas expressões, é melhor requerer simplesmente prova pericial, precisando-se o objeto sobre o qual deve recair e sua finalidade. (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 774/775).

O Código Civil, por sua vez, estabelece que “aquele que se nega a submeter a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” (art. 231 (BRASIL, 2011, p. 181)) e que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame” (art. 232 (BRASIL, 2011, p. 181)). Isso quer dizer que, atualmente, a recusa injustificada de uma parte implica em presunção (que não assimilamos como meio de prova) em favor de outra.

Ocorre, porém, que a falta de colaboração não gera automática impossibilidade de realização da perícia. O sistema processual atualmente confere ao órgão judicial vários instrumentos para convencer o terceiro a cumprir a decisão judicial, como, por exemplo, a multa.

O art. 14, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 416), por exemplo, estabelece que a parte, assim como qualquer pessoa que participe do processo, tem o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

Em consequência à desobediência a esse comando, dispõe o parágrafo único do mesmo artigo que:

[...] ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízos das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (BRASIL, 2011, p. 416).

Ainda, em termos procedimentais, e conforme estatuído no art. 433, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 449), o perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento. O princípio objetivo dessa norma é a de possibilitar que os pareceres dos assistentes técnicos das partes sejam entregues dez dias antes dessa mesma audiência.

As partes, por seu turno, têm o prazo de 5 (cinco) dias, após intimadas da nomeação do perito, para indicar assistentes técnicos e formular quesitos suplementares, subordinando apenas a indicação do assistente técnico e dos quesitos principais.

Se a perícia foi deferida, iniciando-se os trabalhos, nada impede que a parte que não formulou “quesitos principais”, ou mesmo que assim procedeu fora do tempo, possa apresentar, conforme o caso, quesitos suplementares. A parte que não apresentou assistente técnico ou formulou quesitos, evidentemente não perde o direito de participar ativamente da formação da prova pericial, inclusive apresentando quesitos no curso da sua realização, quando necessário para que o perito melhor esclareça um dado e, assim, possa chegar a um bom resultado.

O art. 421, p. 2º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 448), dispõe que, quando a natureza do fato assim o permitir, a perícia poderá consistir na inquirição, pelo juiz, do perito e dos assistentes, em audiência de instrução e julgamento.

Embora o perito não preste compromisso, tem o dever de exercer o encargo demonstrando conhecimento técnico e idoneidade moral, observando fielmente os prazos que lhe forem conferidos. Anteriormente, o art. 422, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 448), previa a necessidade do perito firmar compromisso. Contudo, este dispositivo mostrou-se desnecessário e redundante, já que o perito tem o compromisso ético-profissional, estando sujeito a sanções pela atuação indevida, além, é óbvio, de responder civilmente, nos termos do art. 147, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 172), e penalmente, nos moldes do art. 342, do Código Penal (BRASIL, 2011, p. 619).

O perito pode, porém, escusar-se de realizar a prova, alegando “motivo legítimo”, assim o fazendo no prazo de 5 (cinco) dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, com fulcro nos art. 423, c/c art. 146, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 426 e 448), cabendo ao juiz analisar se a razão apresentada pode ser considerada motivo legítimo, já que a legislação não o define.

Pensando nas responsabilidades e nos deveres que devem ser imputados ao perito, o mesmo deverá ser substituído, a pedido ou de ofício, quando carecer de conhecimento técnico ou científico, ou quando, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinalado (art. 424, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 448)).

Assim, o perito, por não ser parte e não estar legitimado a recorrer no processo, poderá, por óbvio, fazer valer do seu direito constitucional de acesso ao Judiciário, impugnando a decisão que lhe considerou impedido ou suspeito, assim o fazendo através de mandado de segurança, por exemplo, desde que, é lógico, demonstre o direito líquido e certo, ou, se necessária prova diferente da documental, através de processo de conhecimento.

As partes e o órgão judicial podem formular quesitos que entendam necessários aos esclarecimentos dos fatos, podendo ser indeferidos aqueles que não prestem a solucionar questão necessária ao julgamento dos pedidos iniciais.

Cumprе salientar que o poder outorgado ao perito e aos assistentes técnicos tem apenas o objetivo de permitir a adequada elaboração do laudo pericial. Dessa forma, tal poder deve ser utilizado quando imprescindível para que a matéria objeto da perícia seja devidamente analisada, devendo, por isso, ficar circunscrito aos fatos que devem ser esclarecidos.

Por fim, mas não menos importante, tem-se que, de acordo com o art. 436, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 449), “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”, deixando claro, portanto, que o órgão judicial não se vincula a nenhuma prova. A convicção deve advir do conjunto probatório como um todo, sem exceção. É nesse sentido que deve ser interpretado o referido dispositivo.

5 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NUMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

A distinção entre “direito material” e “direito processual” prevaleceu enquanto o direito de ação estava posicionado no centro do sistema processual e o processo era visto como um mero acordo, ainda que sob a ótica de “atos ordenados sequenciais”, ostentando, portanto, natureza tipicamente contratual, de ordem privatística sob a perspectiva do processo como contrato e quase-contrato.

A partir do momento em que se compreendeu pela necessidade de concretização da referida distinção, teve início o período de construção do alicerce para o alcance da estudada autonomia do direito processual.⁵⁴

Não foi por outra razão, inclusive, que o Estado incumbiu-se de invocar para si o monopólio da “distribuição da justiça”, sujeitando (democraticamente) os litigantes ao processo, abstraindo, assim, aquela anterior natureza contratual. Em oposição à autonomia da vontade, o poder-dever do Estado foi colocado no centro das preocupações que rondavam o direito processual, oportunidade em que o próprio processo em si e os resultados dele advindos, diferentemente do período da *litis contestatio*, independiam do consentimento das partes.

Aqui, por pertinente, a idéia que deve ser registrada é a de que, com a observância e incidência do direito processual (superada a construção histórica que se fez por intermédio das teorias que tentaram explicar sua natureza jurídica), o Estado passa a legitimar o exercício da própria função jurisdicional quando, em bases constitucionais, incidam o princípio do discurso processualizado em bases de direito fundamental ao contraditório, da discursividade argumentativa e isonômica, do acesso ao direito, da fundamentação dos provimentos e da duração razoável da procedimentalidade.

A referida situação de legitimação do exercício da função jurisdicional pelo processo acaba por incrementar a importância deste último, elegendo-o como responsável por possibilitar a influência dos cidadãos nas tomadas democráticas de decisões, afastando, por óbvio, a possibilidade de privilégio quando da construção dos provimentos. O processo jurisdicional democrático não pode ser visto de outra forma.

⁵⁴ E foi através de Oskar von Bülow que, em 1.868, se debruçou sobre o estudo que culminou com o reconhecimento do processo como uma relação jurídica *sui generis*, entendendo pela necessidade, então, de inserção do mesmo processo no âmbito do Direito Público, o que representou a autonomização do Direito Processual em si.

Em contraponto, conquanto se respeite a elevada estatura da doutrina, não se pode afirmar, como querem Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 40), defensores do instrumentalismo, que o processo, em si, passou a ser (e seria) um meio, um instrumento para o exercício da jurisdição, vez que há, em tal raciocínio, nítida confusão entre a estruturação do procedimento e o processo como instituição constitucionalizada.

O processo, já se mencionou na parte introdutória, se define e se estrutura na incidência das garantias principiológicas constitucionais e, ainda, como verdadeiro mecanismo legal de controle da atividade do órgão jurisdicional, não havendo lugar para a potestatividade, para o raciocínio de que seria um mero instrumento de controle, pelo juiz (soberano no exercício da função jurisdicional), para que se atinjam escopos metajurídicos de pacificação social, mesmo porque as funções jurisdicionais, ratifica-se, somente são exercidas com estrita vinculação aos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório, isonomia de partes, acesso ao direito e fundamentação das decisões estatais, tudo de forma compartilhada e em simétrica paridade.

A respeito do assunto, André Cordeiro Leal consigna que:

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo tematizado no âmbito do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) – principiologia essa que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão. (LEAL, André, 2008, p. 151).

5.1 Noções gerais

A insana busca por um “processo de resultados”, aquele que tenha como base os provimentos proferidos por quantidade, sem observância, inclusive, dos princípios constitucionais, lastro do pensamento daqueles que pretendem enxergar o processo tão-somente como meio de acesso à jurisdição (esta sempre colocada em primeiro plano), com todo respeito à origem, não comunga com a idéia de universalização do acesso à ordem jurídica, vez que totalmente afastada da visão constitucional brasileira que se pretende e que se deve ter e, também, dos modernos sistemas constitucionais mundo afora.

Buscar resultados não pode ser o mote, mas, sim, obter uma melhor estruturação técnica do processo, que atenda aos princípios constitucionais escriturados no Título II, da Constituição Brasileira (BRASIL, 2011, p. 9/17), e também a uma aplicação efetiva daquilo que preconiza o ordenamento jurídico brasileiro, numa visão sistemática a partir do *locus* hermenêutico introduzido pela Constituição brasileira vigente.

Discorrendo a respeito, Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 169) entende que a instrumentalidade técnica, seja na esfera legislativa, na esfera administrativa, seja na esfera jurisdicional, será sempre a mesma, a de elaboração com a melhor estrutura possível, adequada e ágil, para dar *respostas democráticas*, concretas e efetivas ao fim para o qual se viu instaurada.

Diante de tal situação, é possível afirmar que o direito fundamental à prova se apresenta como item de extremada relevância dentro da transição que se fez a partir de um regime absolutamente autoritário para um regime democrático⁵⁵, permitindo a maior participação dos sujeitos afetados por decisões que lhe dizem respeito e, conseqüentemente, colocando o processo como centro do pensamento instituidor da Democracia, como instituição constitucionalizada que é, como direito-garantia fundamental, e não a jurisdição, como sustentam os defensores de uma visão do processo como relação jurídica, afastados que se encontram, pela lógica construída a partir de 1988, do contexto democrático desejado pelo povo brasileiro.

5.2 O processo a partir do estado democrático de direito: necessária vinculação como decorrência da leitura do texto constitucional

Foi bastante extenso o caminho até que se chegasse à compreensão do processo a partir do Estado Democrático de Direito.

Passou-se, primeiramente, pelo liberalismo processual em que se entendia o juiz como um mero espectador do debate realizado entre as partes num processo caracterizado como instrumento particular de resolução de conflitos.

⁵⁵ O que, é bom que se diga, nem sempre conduz à idéia de consenso, pois, conforme Rodolfo Viana Pereira deduz, a democracia é sistema complexo e “o imperativo de que o exercício do poder deve ser popularmente legitimado não apenas anuncia o ponto básico de consensualidade teórica, como também funda o começo das divergências” (*Direito Constitucional Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109).

Num segundo momento, o socialismo (ou socialização) processual, invertendo o pólo, foi construído sob a idéia (errônea) do protagonismo judicial e do influxo da relação jurídica processual büllowiana, o que incluía o privilégio cognitivo ao julgador em detrimento dos sujeitos processuais.

Já num terceiro período histórico, mais precisamente na segunda metade da década de oitenta do século passado, constata-se a proposta de um Estado Democrático de Direito que se encontra assentada na Constituição Federal de 1.988 (BRASIL, 2011), tendo o modelo por ela inaugurado contribuído para destacadas modificações relativas à interpretação do Direito como um todo, com nítida repercussão na legitimidade normativa processual.

Conseqüência lógica da referida evolução temporal, entende-se como inconcebível o apartamento que se faz entre Processo e Constituição, uma vez que esta última optou, em seu preâmbulo, pela instituição de um Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico-institucional a vincular, efetivamente, toda atividade jurídica, legitimando, via de conseqüência, o exercício do poder. José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p. 11 e 18), enfatizando o modelo constitucional do processo civil, deixa claro que o Processo, como garantia constitucional, consolidou-se nos textos constitucionais do século XX, acrescentando que Constituição, Processo e Jurisdição são assuntos que se completam da mesma forma que, citando Eduardo J. Couture, a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, discorrendo a respeito, assim se expressou:

Sendo assim, consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, parágrafo único, do art. 1º, da Constituição brasileira; arts. 3º e 10 da Constituição portuguesa; e art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, como era conhecida a Constituição da República Federal da Alemanha). (DIAS, 2004, p. 102).

Bem a calhar, ainda, as considerações de Dhenis Cruz Madeira (2004, p. 131), para quem o Estado Democrático de Direito visa assegurar “o exercício pleno e efetivo dos direitos descritos constitucionalmente, sendo isso, aliás, o que se deflui ao longo de todo texto, inclusive de seu preâmbulo”.

Tecidas tais simples, mas imprescindíveis considerações, tem-se que a vinculação ao Estado Democrático de Direito, entendida na sua gênese como princípio (DIAS, 2004, p. 131), decorre de imperativo do sistema constitucional e naturalmente se dirige ao exercício da função jurisdicional, consolidando a assertiva de que o processo somente se legitima se compreendido como instituição que encontra respaldo nos igualmente princípios, porém institutivos, do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Rosemiro Pereira Leal, afirmando que a construção do processo, pela atividade das partes, é referência do processo constitucional e também uma garantia de que seu desenvolvimento se dará em lastros estritamente democráticos, complementa:

O processo, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico). A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob a denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 87).

De forma bastante límpida, abordando a própria constituição do Estado Democrático de Direito, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 100) descreve que mais do que qualquer outro argumento, aquele que sustenta o *elemento democrático* dentro de um Estado Constitucional é, justamente, a necessidade de legitimação do poder exercido, o que, em síntese, implicaria na legitimidade do próprio direito em si, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico.

Não se deve olvidar que a Constituição Federal (BRASIL, 2011) vigente instituiu o Estado Democrático de Direito com o fito de assegurar o pleno exercício dos direitos nela descritos. O papel do processo constitucional, verdadeiro garantidor dos direitos fundamentais, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p. 47), revela-se de enorme magnitude na medida em que, observados certos pressupostos

essenciais, tutela, igualmente, a própria característica da supremacia constitucional.⁵⁶

A função do Estado Democrático de Direito, portanto, se reveste de suma importância, notadamente quando estabelece o processo como elemento garantidor nos moldes acima elencados, sendo possível, assim, compreendê-lo como paradigma da modernidade, e não como paradigma da contemporaneidade.

Jorge Miranda, jurista lusitano estudioso da Teoria do Estado e da Constituição, se posiciona, de forma categórica, quanto a uma pretendida dupla função do Estado, no que envolve a garantia do processo, da seguinte maneira:

No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. (...) No segundo sentido, a função – agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado – entronca nos actos e actividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses actos e actividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública. (MIRANDA, 2002, p. 231).

Na mesma direção, a legitimidade dos provimentos, também objeto do presente estudo, passa pela sujeição, daqueles que atuam no exercício da função jurisdicional, a um outro princípio, qual seja, o da reserva legal (adequabilidade ao ordenamento jurídico), mesmo porque, sob hipótese alguma, o sistema normativo pode ser desrespeitado mediante a aplicação de normas que afrontem a supremacia da Constituição Brasileira.

Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 08), clarificando o pensamento ora exposto, manifesta-se no sentido de que “no Estado Democrático de Direito, os indivíduos são livres para governar sua conduta em sociedade e gozam da garantia de que apenas a lei poderá interferir para dimensionar e delimitar essa liberdade”.

Os provimentos jurisdicionais, em síntese, somente se legitimam a partir do momento em que vinculados ao Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual,

⁵⁶ Interessante e oportuna distinção aquela feita por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, para quem o processo jurisdicional será sempre o garantidor dos direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional, mas nem sempre o garantidor de direitos materiais, pois também não é sempre que a jurisdição deverá tutelar ou atuar um direito (*Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada ao mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 129 e seguintes).

uma vez mais, se socorre das linhas de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, para quem:

[...] decisão jurisdicional que estiver totalmente desvinculada do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, hostilizando por completo o princípio da reserva legal, além de não se legitimar constitucionalmente, poderá configurar ato ilícito, passível de acarretar a responsabilidade do agente público decisor que a tiver proferido. (DIAS, 2004, p. 145).

O processo democrático não se ajusta pela rapidez na prolação dos seus atos decisórios, mas por uma estrutura normativa constitucionalizada devidamente dimensionada pelos princípios constitucionais, o que inclui a participação isonômica das partes na construção do provimento, compreendendo, na sua inteireza, a ampla produção probatória. Equivale dizer, portanto, que o simples reconhecimento de um direito fundamental, como o direito à prova, não se mostra suficiente se não respaldado pelas garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tal direito.

José Alfredo de Oliveira Baracho, em linhas mais do que seguras acerca da proteção judicial dos direitos fundamentais, pontofinaliza no sentido de que:

A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico-fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional. (BARACHO, 2006, p. 54).

Questão que se coloca como tormentosa, assim, considerando o provimento como ato de caráter legitimamente imperativo, é a de deslocar, ao Estado-juiz, todas as consequências advindas da respectiva prolação decisional (que afetará diretamente os litigantes), sendo debitada a ele toda uma parcela de encargo sem que os diretamente interessados no mesmo provimento sequer tenham tido a oportunidade de construí-lo.

Em assim sendo, mais do que reduzir o problema à figura do juiz, o que acaba acontecendo é uma desfiguração da legitimidade que se busca, legitimidade

que somente poderá ser alcançada (e garantida) mediante construção participativa da decisão judicial.

5.2.1 Adequada compreensão da prova como instituto

Adentrando, então, na definição do que seria prova em sua época, Giuseppe Chiovenda (1998, p. 91), lecionando sobre os princípios gerais do referido instituto, esclarece que o ato de “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”.

Já Enrico Tullio Liebman (1973, p. 318) define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.

Moacyr Amaral Santos, por sua vez, entende que

[...] destina-se a prova a levar ao juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa. Esse conhecimento ele obtém através dos meios de prova”. E complementa no sentido de que “consiste na convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos. (AMARAL SANTOS, 2010, p. 373).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 267), esboçando tentativa de definição, manifestam-se no sentido de que “prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros, fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Diante das formulações até aqui construídas, respeitados os conteúdos dos mencionados posicionamentos doutrinários, é possível compreender que prova, ou a atividade probatória, efetivamente, não pode ser confundida com “meios” ou com “instrumentos”, devendo ser reconhecida, na verdade, como instituto processual (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 196), na expressão de Rosemiro Pereira Leal, “instituto” que, “compreendido como um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 200), por sua vez, se expõe através de “elementos”, “meios” e “instrumentos”, conforme revela o próprio jurista:

A prova, portanto, como instituto jurídico, para cumprir sua finalidade de “fixação dos fatos no processo”, enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) indiciariedade (caracterizada pelos elementos integrativos da realidade objetivada no espaço); b) ideação (exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos meios do pensar no tempo); c) formalização (significa a instrumentação da realidade pensada na forma legal). (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 200).

Segundo o mesmo Rosemiro Pereira Leal (2008, p. 200), a formulação de uma teoria da prova, adequada ao paradigma atual do Estado Democrático de Direito, passa por seus princípios formadores (indiciariedade, ideação e formalização) e, em assim sendo, por via reflexa é possível formular a afirmativa que, no mesmo Estado Democrático de Direito, “a maior garantia das partes quanto à produção da prova é a observância do devido processo” (MADEIRA, 2008, p. 156), este último alicerçado na aplicação direta da principiologia constitucional e na regular observância da estrutura procedimental quando da produção probatória, mesmo porque a (re)construção dos fatos trazidos em juízo não pode deixar de observar critérios técnico-jurídicos (afastando-se, de plano, a ilicitude), uma vez que, diante de tal situação de ilicitude, o ato probatório será considerado inválido.

Não se pode, então, continuar aceitando a vinculação à idéia de que a prova, como instituto que é, se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito, culminando por gerar, no juiz, a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência.

O fenômeno probatório assume, atualmente, um caráter diferenciado que, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 57), complementando a definição lançada pelos mesmos autores, pode “resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo.”

É sob tal condição que a melhor definição de prova se caracteriza como um verdadeiro “instituto” que se expressa através dos seus “elementos”, “meios” e “instrumentos”.

5.2.2 Valoração e valorização

A percepção da existência do elemento de prova nos autos (valoração) e a demonstração do conteúdo de importância do elemento de prova para a formação da cognição (valorização), consoante anteriormente exposto, autorizam a

compreensão de que o órgão judiciário deverá fixar a estrutura procedimental (discursivamente compartilhada) após ter, literalmente, visualizado a prova nos autos para, em seguida, compreender o conteúdo dos elementos de prova, pena de não ter enfrentado todas, insista-se, todas as sustentações colacionadas pelas partes, tornando, o provimento, ilegítimo.

Para um completo exame da valoração da prova, porém, faz-se necessária uma breve incursão na proposta sugerida por Michele Taruffo (1995, p. 804/806) e o legado da chamada teoria dos fluxos de conhecimento, além de ser significativa a contribuição de Hernando Devis Echandía (1988, p. 290/292), responsável por trabalhar a atividade de valoração como operação mental.

Inicialmente, o autor italiano comenta que a fase de aquisição das provas no debate processual comporta reconhecer a existência de uma série de revisões do estado de conhecimento da realidade investigada, a qual culminará com a obtenção de um estágio último de conhecimento, a constituir a razão de ser, a motivação, da decisão final a ser proferida pelo órgão jurisdicional (TARUFFO, 1995, p. 804). A aquisição das provas, como fase de aplicação da teoria dos fluxos de conhecimento⁵⁷, traria, como objetivo primordial, lastrear convencimentos possivelmente incertos, tornando possíveis decisões racionais que advenham da veracidade ou da falsidade dos elementos trazidos aos autos (TARUFFO, 1995, p. 805/806).

Para Echandía, porém, a valoração da prova é definida como um processo mental que tem por fim conhecer o mérito ou o valor de convicção que se possa deduzir do seu conteúdo. O autor identifica 3 (três) aspectos básicos que se correlacionam e que melhor explicam a ideia por ele defendida: a percepção, equivalente ao contato do juiz com os fatos; a representação ou reconstrução, através do qual os fatos são considerados no sentido de que nenhuma lacuna ou omissão seja reconhecida; o raciocínio, consistente numa atividade indutiva de extrair conclusões a partir dos dados verificados e analisados (ECHANDÍA, 1988, p. 290/292).

⁵⁷ Se é possível entender que o conhecimento representa uma alteração provocada no estado cognitivo de cada um, mais do que isso, um ato de interpretação das informações coletadas, é também necessário compreender que se constitui, ao final, num fluxo de informações que acaba se potencializando. Conclui-se, assim, que a teoria dos fluxos de conhecimento consiste na assimilação da informação como um destino final. A aquisição das provas aqui se encaixa na medida em que, segundo o jurista italiano declinou na segunda metade do século passado, vem a ser uma etapa da aplicação da referida teoria, ou seja, a partir do momento em que a prova é produzida visualiza-se a possibilidade de formar juízos e decidir racionalmente.

O jurista colombiano ressalta a necessidade de que a imparcialidade do juiz deve ser o primeiro passo a ser considerado na atividade de valoração do arcabouço probatório, examinando todas as hipóteses possíveis sem se deixar levar por uma simpatia ou antipatia a respeito de alguma delas (ECHANDÍA, 1988, p. 309).

Quanto ao exame de cada um dos meios de prova, Echandía coloca a questão sob 2 (dois) pontos: a autenticidade e a sinceridade dos meios de prova, e do outro lado sua exatidão e sua credibilidade (ECHANDÍA, 1988, p. 312), acrescentando ser fundamental utilizar-se das regras de experiência, a fim de comparar as conclusões de uma testemunha, por exemplo, com as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que afirma tê-las obtido, o mesmo se aplicando aos fundamentos de uma prova pericial ou de uma prova documental.

A formação do convencimento com base na valoração das provas, segundo o referido jurista, somente é possível quando o próprio julgador se sente em estado de certeza, certeza histórica, para ser mais preciso, sobre os fatos declarados, não significando que se deve estar próximo da verdade, mas, sim, que tenha a convicção de tê-la encontrado (ECHANDÍA, 1988, p. 321/323.).

Dentro do contexto da valoração da prova como processo mental, 2 (dois) pontos arrematam o pensamento ora analisado: o primeiro, concernente ao fato de o juiz, quando não tiver alcançado a certeza mencionada no parágrafo anterior, não poder se basear na prova colhida para decidir, deixando de julgar com base em critérios de probabilidade, mas, sim, com base nas regras sobre o ônus da prova, evitando-se o *non liquet*; o segundo, relativo às situações em que pode ser atenuada a exigência de certeza judicial, reconhecendo-se uma menor exigência nos casos de matérias incidentais ou de prévio pronunciamento. (ECHANDÍA, 1988, p. 326/338).

5.2.3. O devido processo constitucional como garantia do equilíbrio técnico-jurídico das partes

A teoria da prova, numa perspectiva democrática, e diferentemente do que preceitua o texto processual civil em vigência (racional e historicamente ultrapassado), demanda um equilíbrio técnico-jurídico que somente se aperfeiçoa pelo devido processo constitucional.

Inquestionavelmente, levando-se em consideração que o provimento será reflexo do arcabouço probatório decorrente da correta utilização (e aplicação) dos

princípios processuais constitucionalizados, sabe-se que o caminho ideal para tornar possível a extração do melhor argumento a embasar a prolação de determinado provimento é explicado pela Teoria Geral do Processo Constitucional, delineada por José Alfredo de Oliveira Baracho, cujas premissas fundam-se na afirmação de que “a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias”.⁵⁸

São as formulações teóricas desenvolvidas pelo mencionado Baracho (1995) que mais se aproximam do que se pode chamar de exercício pleno da cidadania, cidadania como direito-garantia fundamental constitucionalizado.⁵⁹ É ela que se apóia no correto raciocínio de que o processo nada mais é do que uma instituição jurídica que faz parte do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, pois possibilita que o provimento seja emanado através dos critérios constitucionalmente estabelecidos para a produção probatória e para a aplicação do Direito (TAVARES; CUNHA, 2011, p. 111/135).

Com efeito, são pontos centrais das considerações em torno da Constituição e Processo o *direito ao devido processo* destacando-se: a) o direito constitucional de ação e de defesa; b) o direito à prova: acolhimento e prova proibida; c) o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas; d) o direito aos recursos (BARACHO, 2006, p. 14).

5.3 As garantias constitucionais da ação e da defesa como elementos materializadores do direito à prova

O direito à prova se apresenta como manifestação estruturadora das garantias constitucionais da ação e da defesa. E por assim ser, conclui-se que o

⁵⁸ Com estas reflexões, o mencionado doutrinador complementa que i) “A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana; ii) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir este processo; iii) a lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na Constituição; iv) a lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo da razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional e v) nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis.” (In: *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 11).

⁵⁹ Cujas idéias centrais, sob este aspecto, estão bem formuladas na já clássica obra “*Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*”. São Paulo: Saraiva, 1995.

devido processo constitucional se torna efetivo quando, observado o exposto no tópico anterior, ação e defesa possam ser plenamente exercidas no tramitar de uma demanda, tendo e respeitando, de um lado, a plena afirmação da pretensão pelo autor e, do outro lado, a plena possibilidade de resistência pela parte ré.

Qualquer limitação indevida, ou censura, manifestada pelo Estado, evidencia, em tal situação, a abusividade da função jurisdicional, com as conseqüências prevista na ordem legal, deixando de prevalecer a oportunidade de argumentação para aqueles que se encontram em litígio, fazendo-se ouvidos moucos, então, das garantias processuais. Eduardo Cambi, em estudo pertinente, assim se posiciona:

Pode-se, então, afirmar que o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto. (CAMBI, 2001, p. 113).

Diante do exposto, convém trazer à baila algumas linhas, ainda que sucintas, a respeito das garantias da ação e da defesa.⁶⁰

Principiando pela abordagem da garantia constitucional da ação, é sabido que a mesma se define, para alguns doutrinadores, notadamente os adeptos da já a esta altura secular teoria da relação jurídica processual, como o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, retirando-o da situação de inércia, enquanto que, para outros, se mostra como uma situação jurídica, uma faculdade jurídica ou mesmo um meio de tutela que acompanha o ainda chamado “direito subjetivo”.

A este propósito cabe, em razão de sua importância, mencionar a posição de Enrico Tulio Liebman (1973, p. 119) que, com base no artigo 24, da Constituição italiana, afirma que o direito de ação é exercido por aqueles “titulares de um direito ou interesse legítimo, sustentam ter de protegê-lo pela via judiciária da ameaça de uma lesão irreparável”.

Assim, estando presentes certos requisitos, “a ação é dada a todos, sem que se possa saber com anterioridade se a demanda é fundada ou infundada e até

⁶⁰ As ideias aqui expostas encontram-se alicerçadas no texto elaborado por TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. Revista de Processo nº 195, maio/2011, p. 111/135.

mesmo para obter do tribunal um julgamento a respeito" (LIEBMAN, 1973, p. 120).
 Liebman conclui que o direito de ação:

[...] é um direito subjetivo diverso daqueles do direito substancial, porque se dirige contra o Estado, sem pretender uma prestação dele: é antes *um direito de iniciativa e impulso*, com o qual o cidadão põe em movimento o exercício de uma função pública, da qual espera obter a proteção das próprias razões, dispondo para tal fim dos meios fornecidos pela lei para fazê-los valer (embora sabendo que o resultado poderá também lhe ser desfavorável); é, portanto, *um direito fundamental do cidadão* [...] reforçado por uma *garantia constitucional em que encontramos delineados seus contornos essenciais*. (LIEBMAN, 1973, p. 120).

Na mesma ordem de idéias, Aroldo Plínio Gonçalves afirma que:

[...] a existência da ação em Liebman, tem como requisitos duas condições: o *interesse de agir* (para a tutela de um interesse que se encontra ameaçado e necessita do processo para que seja protegido. A situação de ameaça ou lesão a direito, contudo, para Gonçalves, se prova no processo), e a *legitimação* (iniciativa da parte que se individualiza, no caso concreto, na pessoa que pode agir em juízo). Significativa, na verdade, é a cisão feita por Liebman entre *direito de agir em juízo* e *direito de ação* delineado no art. 24 da Constituição italiana, tendo sua existência caracterizada na norma infraconstitucional em relação à situação jurídica concreta: a ação separada de poder de agir, o corte entre o genérico poder de agir como garantia constitucional e o direito de ação, como direito ao processo e ao julgamento de mérito. (GONÇALVES, 1992, p. 139).

Por fim, é importante trazer o pensamento de Elio Fazzalari que faz uma revisão do conceito de ação, ao estruturar a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, afastando o direito de ação da relação jurídica e do seu conseqüente vínculo de sujeição. Para o doutrinador italiano o procedimento se constitui como uma "série de faculdades, poderes e deveres quantas sejam as posições subjetivas extraídas das normas em discurso", vale dizer, configura-se como uma estrutura dialética (FAZZALARI, 2006, p. 114).

Logo, têm ação no processo aqueles que realizarão uma série de atos, poderes, faculdades e deveres relativos à construção do processo como procedimento em contraditório, entendido como posição de simétrica paridade entre eles, não se podendo falar, em legitimação ativa do autor e legitimação passiva do réu por que *ambos são legitimados ativos do contraditório*. Para Fazzalari, a ação não está ligada ao êxito ou não do processo, pois, como bem lembrado por Aroldo Plínio Gonçalves:

[...] pode ocorrer que o processo, ao invés, de se concluir por um provimento, termine com um pronunciamento *de recusa*, ou que a seqüência de atos fique a meio caminho porque a parte renuncia a seu prosseguimento (dentro das hipóteses permitidas na lei), ou porque o juiz se declara incompetente. A autonomia do processo se constata pelo seu resultado: o processo se desenvolve embora não chegue à medida jurisdicional, mas se desenvolve, mas para estabelecer se a medida jurisdicional deve ser, no caso concreto, emitida ou recusada. (GONÇALVES, 1992, p. 147/148).

A ação, no pensamento fazzalariano, é a atuação que se evidencia a partir do provimento, e não do pedido do autor, como anteriormente visualizado pela teoria da relação jurídica, tal qual apontado por Flaviane Barros Pelegrini (2003, p. 35) segundo a qual “se a parte for afetada pelo provimento, sua posição será de simétrica paridade com seu contraditor e, portanto, *terá ação* e sua posição é de direção do *iter* processual para emissão de um provimento”.

Pode-se concluir, como já mencionado por Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 146), que para se compreender o direito de ação na teoria de Fazzalari deve-se entender a concepção de parte como sendo aquela *destinatária do provimento*, isto é, aquela que *sofrerá os seus efeitos* (uma condenação na esfera penal; uma determinação judicial para pagar, ou entregar alguma coisa; uma condenação em reparar direitos lesados; a imissão de posse; a assinatura na carteira do empregado) e, é por isso, é ela *sujeito do processo*, com a garantia de participação nos atos que o preparam.

No direito brasileiro, pode-se entender o direito de ação como o direito de acesso e exercício ao devido processo, à vista do conteúdo de direito fundamental escrito nos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Brasileira (BRASIL, 2011, p. 12), complementado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição que obriga o Estado, toda vez que for invocado, a outorgar a tutela prevista na lei, também de idêntica roupagem (inciso XXXV, do mesmo artigo 5º (BRASIL, 2011, p. 11)).

Ora, considerando que todos são iguais (princípio da isonomia inscrito no *caput* do artigo 5º, da Constituição Brasileira (BRASIL, 2011, p. 9)) para deduzir pretensões a partir da simples afirmativa de lesão ou ameaça a direito que entende existente, como já falamos em outra oportunidade (TAVARES, 2009, p. 268), pode-se afirmar, retornando à teoria de Fazzalari, que não tem ação somente a parte que “promove o processo”, mas tem ação tanto autor como réu, pois ambos são legitimados ativos no sentido de que têm legitimação para agir como *habilitados a*

cumprir atividades processuais, de modo que não é correto falar que o autor “diz” e o réu “contradiz”, estrutura totalmente divorciada do contexto jurisdicional democrático.

O que se deve compreender é que tanto um como outro trocam de papel no *iter* processual, significando que há na estrutura procedimental uma “dialeiticidade contínua” a partir do entendimento da ação como uma *situação subjetiva composta* (faculdades, poderes e deveres de cada parte no *iter*) ou como “seqüência das posições processuais que cabem à parte (tanto autor como réu) ao longo do curso do processo” (FAZZALARI, 2006, p. 505).

O direito de ampla defesa, a partir do comando constitucional brasileiro de 1988 (BRASIL, 2011), deve ser entendido como direito fundamental de qualquer cidadão de apresentar discursiva e democraticamente os argumentos no espaço do devido processo.

Diferentemente do que muitos doutrinadores ainda insistem em pensar, referido direito fundamental não se restringe a uma única fase procedimental, devendo ser estendido durante todo o desenvolvimento do processo, proporcionando, efetivamente, o reconhecimento do conteúdo literal da aplicabilidade da garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV (BRASIL, 2011, p. 12)), com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Se as partes litigantes, ao final da demanda em que figuraram e participaram democraticamente não alcançarem o resultado almejado, decerto terão tido a oportunidade processual de utilização discursiva de todos os argumentos necessários para a demonstração das suas teses e das suas convicções.

Estudadas as garantias constitucionais da ação e da defesa, estas compreendidas no sentido até aqui exposto, é possível afirmar, portanto, com Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 203), que “toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder”, o que equivale dizer que o direito fundamental à prova deve ser reconhecido como elemento verdadeiramente constitutivo das garantias constitucionais da ação e da defesa (agir dialético dos sujeitos processuais, “autor” e “réu”), pois somente assim restará legitimada o exercício da função jurisdicional.

O acesso à jurisdição, ao devido processo no sentido teleológico da expressão, significa, antes de tudo, possibilitar, ao longo de todo o procedimento, a plena afirmação das *pretensões isonomicamente contrapostas* do autor e o do réu

(ação e defesa), pois, ao contrário, estar-se-ia negando a efetividade do próprio Processo como direito e garantia constitucional de construção dos provimentos pelo contraditório, pela ampla defesa, pelo acesso e exercício ao devido processo, pela duração razoável dos procedimentos, pela fundamentação das decisões e pelo princípio da reserva legal, todos princípios fundantes e regentes da Democracia e do Direito.⁶¹

5.4A argumentação discursiva pelo contraditório (evolução do conceito de processo) e o direito fundamental à prova

O estudo do contraditório, entendido como fundamental garantia do cidadão, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, se revela como de extrema utilidade e funcionalidade, posto que toda estrutura procedimental, por consequência lógica, deve ser constitucionalmente moldada. Em assim sendo, é possível conceber que a *ratio* do contraditório reside, justamente, na participação mais do que ativa de todos aqueles que buscam a atuação jurisdicional, desde a elaboração de um simples ato administrativo até que se chegue aos respectivos provimentos.

Em concentrada e respeitada abordagem acerca da importância do contraditório nos dias atuais, Dierle José Coelho Nunes assim se manifesta:

Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a idéia de que a participação das partes no processo pode ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial. (NUNES, 2007, p. 147).

Resta claro, portanto, que, há tempos, não se mostram como suficientes o simples “dizer” e o não menos simples “contradizer” dos litigantes, a fim de que seja entendida como garantida a aplicação do contraditório, compreendido na qualidade de princípio regente da democracia.

⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, ampliando a abrangência do direito à prova como direito fundamental, bem sintetiza que “O direito à prova correlaciona-se com a garantia constitucional da ação, bem como com o princípio geral da liberdade de prova”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 17.

Em interessante artigo subscrito pelo jurista português Carlos Lopes do Rego acerca do princípio constitucional da proibição da indefesa, extrai-se o seguinte trecho manifestando posicionamento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Lusitano:

A regra do contraditório não envolve apenas o facultar-se a cada uma das partes o conhecimento – e a conseqüente oportunidade de defesa – relativamente às afirmações de facto ou de direito da contraparte, ou das provas por esta requeridas ou apresentadas em juízo, mas também – como decorrência do direito a um processo equitativo – a oportunidade para se pronunciar acerca do parecer que – como órgão de defesa da legalidade – o Ministério Público emita em processos de natureza não penal, desde que nele se mostre suscitada “*questão nova*”, incidindo sobre matérias relativamente às quais a parte afectada desfavoravelmente não tenha tido ainda oportunidade de se pronunciar. (REGO, 2003, p. 836).

Neste sentido, aliás, andou muito mal o legislador pátrio por ocasião das últimas reformas processuais implementadas, notadamente quando, em busca da decantada celeridade processual e do não menos decantado desafogamento dos tribunais, inseriu no ordenamento processual civil pátrio, através de técnica legislativa viciada, o artigo 285-A (BRASIL, 2011, p. 438), permitindo que o órgão judiciário emita provimento liminar em ações repetitivas, em flagrante desrespeito à garantia do que poderia ser chamada de prévia discussão para a decisão, no que se inclui, evidentemente, o direito fundamental à prova. Negou-se vigência ao diálogo e, conseqüentemente, à própria essência do modelo processual democrático.

A despeito das incoerências legislativas, e aqui se abordou somente uma dentre tantas outras reformas processuais que mais retrocedem do que avançam, curial mirar os olhos para o contraditório como elemento imprescindível de todo o procedimento que formará o provimento, possibilitando, assim, a plena participação dos interessados, por meio de instrumentos constitucionalmente adequados, de forma que se estabeleça o diálogo democrático. Aliás, é o que deve ser sempre ambicionado, pois o seu exercício, propriamente dito, não pode ser reduzido à simplória discricionariedade do julgador, tampouco à insuficiente iniciativa dos litigantes.

Na realidade do Processo Civil contemporâneo, o alcance do princípio do contraditório acaba se concentrando nas garantias dos direitos dos sujeitos do processo à participação (cooperação) no debate processual (decorrente do caráter dialético do processo), do direito a um diálogo permanente entre os mesmos sujeitos

processuais (a fim de que não sejam ofendidos valores fundamentais como a igualdade), do direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos do processo (organização da participação das partes e do juiz) e do direito dos mesmos sujeitos, como já consignado, a não serem surpreendidos quando da prolação do ato decisório (a significar a imposição de limites na construção da decisão).

Questão igualmente importante a ser destacada no presente tópico, mesmo porque correlacionada ao direito fundamental à prova, diz respeito à evolução do conceito de processo no estudo do contraditório, pois se críticas surgiram quanto ao entendimento de que o processo, para Oskar Von Büllow, no século XIX, seria uma mera relação jurídica desenvolvida entre as partes, à disposição do Estado, objetivando atingir os chamados escopos metajurídicos, fato é que a idéia essencial do referido entendimento contribuiu sobremaneira para que o já mencionado Elio Fazzalari, posteriormente, quando da reelaboração do conceito daquilo que poderia ser entendido como procedimento (já que o pensamento anterior de Büllow demonstrava nítida confusão, na sua gênese, com o conceito de processo), disciplinasse que este mesmo processo mais se identificaria como uma espécie de procedimento e com a característica prevalente do contraditório, ou seja, se o procedimento se encontrava estruturado pelo contraditório, daí, então, ter-se-ia processo (LEAL, 2002, p. 84).

A respeito, tem-se que o raciocínio alinhavado a partir da teoria fazzalariana, mas robustecida com os argumentos teóricos formulados pela Teoria do Processo Constitucional de José Alfredo de Oliveira Baracho por si só, merece realce, posto amparada na discursividade democrática advinda da Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 2011), causando estranheza que, ainda hoje, num ambiente discursivo democrático, prevaleça a idéia da maioria dos doutrinadores brasileiros, não obstante sua elevada estatura, no sentido de visualização do processo como um mero instrumento a serviço da jurisdição e que visa, única e tão-somente, atingir escopos metajurídicos (DINAMARCO, p. 294/295), como antes consignado, posto não problematizados.

Em nosso sistema constitucional, com reflexos nos procedimentos civis, penais, trabalhistas e administrativos, não é possível exercitar-se o direito à ampla defesa sem o direito fundamental à prova, entendidos um e outro como o direito de qualquer cidadão de apresentar a argumentação discursiva e democrática de suas

pretensões de fato e de direito, perante quaisquer órgãos estatais ou mesmo privados, já que o devido processo constitucionalizado, na dicção do inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Brasileira (BRASIL, 2011, p. 12), não faz distinção sobre a possibilidade do exercício do direito à ampla defesa seja realizado em processo judicial ou administrativo, ou mesmo às situações dos “acusados em geral”.

Poder-se-ia dizer que os “meios e recursos” a que se refere a parte final do mencionado inciso LV (BRASIL, 2011, p. 12), se traduziria pela atividade probatória desenvolvida no curso do devido processo, é dizer, o ato de provar constituir-se-ia na *projeção prática* do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

Nesta mesma linha de raciocínio, Gian Franco Ricci (1995, p. 326), referindo-se ao direito italiano, assevera que “o direito a prova constitui de fato um aspecto do direito de defesa previsto no artigo 24 da constituição, tanto que segundo o mais notável estudioso da matéria (Taruffo), isso o define como o direito de se defender provando”⁶² (tradução nossa).

E ainda com Michele Taruffo, destacando o fato de todos os sistemas modernos, geralmente, proverem um conjunto de garantias processuais aos litigantes, consubstanciadas em princípios constitucionais, entendendo a prova como direito fundamental, extrai-se:

Geralmente definida como o direito de qualquer das partes para produzir todas as provas relevantes em sua posse, para a apresentação de provas relevantes que está em sua posse, para a apresentação de provas relevantes na posse de outras partes ou terceiro, e que todas as provas sejam devidamente consideradas pelo tribunal. O direito a um julgamento é um direito fundamental de ação e defesa: em verdade, seria um absurdo dizer que as partes podem exercer esses direitos, mas não é permitido por qualquer meio disponível para provar os fatos subjacentes as suas alegações, suas reivindicações e defesas (TARUFFO, 2009, p. 79, tradução nossa).⁶³

⁶² Il diritto alla prova costituisce infatti un aspetto del diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost., tanto che secondo il più noto studioso della materia (Taruffo), esso va definito come *il diritto di difendersi provando* Gian Franco Ricci (1995, p. 326).

⁶³ Usualmente se lo define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esta prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa : em realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las asseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas. TARUFFO, Michele. *La prueba – Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Metropolitana, 2009, p. 79.

De resto, não há dúvidas de que a Constituição Brasileira (BRASIL, 2011) elevou ao *status* o direito fundamental à prova ao prescrever, expressamente, a admissibilidade das provas no processo, obtidas segundo os padrões de legalidade constitucional (inciso II, do artigo 5º (BRASIL, 2011, p. 9)) e procedimental (os Códigos de Processo Civil (BRASIL, 2011) e Penal (BRASIL, 2011), para se situar o tema apenas nestes) (TAVARES; CUNHA, 2011, p. 111/135).

6 LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS E FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL

O dever jurídico de motivação⁶⁴ dos atos decisórios é imposição que, naturalmente, objetiva o afastamento do arbítrio judicial, situação totalmente incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito, já prevalecendo, até mesmo, em períodos anteriores à própria configuração política do Brasil como Estado independente.⁶⁵

Neste sentido, não é por outra razão, ainda, ser possível apontar, na legislação comparada, várias situações que expressam tal obrigatoriedade quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional.⁶⁶

Em solo pátrio, atualmente a obrigatoriedade de motivação encontra amparo no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 42), ao dispor, expressamente, que todas as decisões dos órgãos judiciais serão devidamente fundamentadas.

No plano infraconstitucional, por sua vez, são os arts. 165 e 458, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 428 e 450), que incluem a fundamentação entre

⁶⁴ Michele Taruffo, discorrendo sobre a motivação do ato decisório e suas imbricações em relação ao ato de intelectualidade desempenhado, aponta o seguinte: “Antes de qualquer coisa, como qualquer texto (a mesma coisa valeria para um romance ou para uma poesia), a motivação não reproduz e não conta os procedimentos mentais, a sequência de pensamentos e de estados psicológicos que conduziram o autor a construí-lo. O texto é o produto de uma atividade que pode até ser bastante complexa, mas não é a descrição ou a reprodução dessa atividade. Do mesmo modo, a motivação – ao contrário do que muitos pensam – não é um detalhamento do assim chamado *iter* lógico-psicológico que o juiz seguiu para chegar à formulação final de sua decisão. À parte o fato de que isso seria impossível (por razões óbvias), não interessa a dinâmica das sinapses ocorridas nos neurônios do juiz, e nem mesmo importam seus humores, sentimentos, e tudo mais que pode ter ocorrido *in interiore homine*. Para dar-se um só exemplo, entre os infinitos possíveis: não interessa saber se o juiz intuiu que certa testemunha era confiável às 4 da manhã saindo de um bar depois de abundantes libações. O que interessa verdadeiramente é o resultado de tudo isso: justamente um texto que narra os fatos da causa, ou seja, a versão dos fatos que o juiz considera correspondente à realidade dos eventos narrados, explicando as razões pelas quais considera tais fatos verdadeiros (por exemplo, sustentando ser confiável aquela testemunha). (*Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 271).

⁶⁵ As Ordenações Filipinas (promulgadas por Felipe II da Espanha e I de Portugal, em 1.603), em seu Livro III, Título LXVI, parágrafo 7º, primeira parte, já assentavam: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadros, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”.

⁶⁶ Discorrendo a respeito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ressalta o art. 111, da Constituição da Itália, apontada pela doutrina especializada como exemplo no assunto, bem como o art.132, do Código de Processo Civil daquele mesmo país; o art. 455, do Código de Processo Civil da França; o parágrafo 313, do Código de Processo Civil da Alemanha; os arts. 158º, 659º e 660º, todos do Código de Processo Civil de Portugal (*Processo constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 126/127).

os requisitos de estrutura da sentença, enquanto que o art. 381, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011, p. 690), também menciona que o ato decisório conterá a exposição sucinta da acusação e da defesa, além da indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados.

O provimento emanado por intermédio do exercício processual da função jurisdicional tem o condão de findar a controvérsia litigiosa de forma imperativa (no sentido de acatamento à decisão porque construída discursiva e democraticamente pelas partes). Esta é uma situação que poderá gerar, junto aos afetados pelo conteúdo decisório, como corolário da democracia, insatisfações que serão (ou não) inarredavelmente questionadas em sede recursal.

Assim, a observância do devido processo constitucional, no tramitar da demanda, se revela como imprescindível quando da suscitação de tal inconformismo.

Mais ainda, é somente a partir da fundamentação (racional) dos atos decisórios que a atividade jurisdicional, como um todo, restará legitimada no Estado Democrático de Direito, possibilitando transparência, publicidade e a devida fiscalização que poderá ser exercida pelo povo numa verdadeira “prestação de contas” da atividade estatal.⁶⁷

O controle dos atos decisórios emanados do órgão judicial constitui-se, assim, em comportamento ínsito à existência democrática, motivo pelo qual justifica-se que a pertinente motivação seja destacada como garantia constitucional.

Em suma, o alcance que se deve conferir à motivação dos provimentos se estende, necessariamente, pelo exercício da jurisdição através do devido processo constitucional e, também, pela compreensão de que o procedimento deve se desenvolver de forma compartilhada entre os sujeitos processuais, tudo a justificar a atuação do órgão jurisdicional.

⁶⁷ José Carlos Barbosa Moreira, de forma lapidar, resume o caráter justificador de que as decisões judiciais sejam fundamentadas: “No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como *‘rechtsfertiger Staat’*, como ‘Estado que se justifica’. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa ‘justificação’: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela *existe* fundamento; é formalmente justificada, quando se *expõe, se declara, se demonstra* o fundamento” (A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de Direito Processual* (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980, p. 89).

6.1 Adequabilidade ao ordenamento pátrio e formato de construção do provimento

Provimentos, segundo Enrico Tullio Liebman (1984, p. 238), são “as declarações de pensamento do juiz, expressas no exercício do poder (potestà) jurisdicional e pela forma determinada em lei: é justamente com a emissão dos provimentos que o juiz exerce o poder de que é investido”.⁶⁸

Aroldo Plínio Gonçalves, por sua vez, e de maneira bastante didática, ensina que:

O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. No exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional, o Estado pratica vários atos que não se revestem de imperatividade e que são necessários na dinâmica de sua atuação. Mas quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico.(GONÇALVES, 1992, p. 102/103).

No direito brasileiro, a palavra “provimento”, porém, tem sido utilizada apenas no sistema recursal, com o sentido de acolhimento das razões, evidentemente após o exame dos chamados pressupostos de admissibilidade (e, portanto, de reforma do ato jurisdicional objeto do recurso), ou ainda com o sentido de não conferir guarida às razões do inconformismo, mantendo-se a decisão recorrida (DIAS, 2004, p. 85/86).

Constata-se, assim, não haver uma preocupação mais acurada, do legislador brasileiro, com o uso das expressões, como o fez (e o faz), por exemplo, ao apropriar-se da palavra “sentença” para nomear o ato resolutório final do procedimento praticado única e exclusivamente pelo órgão judicial, esquecendo-se, por exemplo, das lições de Calamandrei (1999, p. 172), responsável por ter designado, o mesmo ato final, como “provimento”, conferindo-lhe, assim, um sentido muito mais amplo.

Em nítida caracterização de enaltecimento da figura do protagonismo judicial, o processualista pátrio, adotando comportamento totalmente divorciado de

⁶⁸ Alicerçado sob a acepção büllowiana de processo como relação jurídica e, portanto, afastado da ideia de compartilhamento que tanto clamam as sociedades democráticas.

qualquer balizamento teórico, aponta o Estado-juiz como o verdadeiro “fiel da balança”, o ser “maior” que ampara o jurisdicionado nas mais difíceis missões do seu dia-a-dia, um ser superdotado, capacitado para declarar, por ocasião do ato decisório “sentença”, aquilo que, efetivamente, “sentiu” (já que essa é a etimologia da palavra) diante dos argumentos que lhe foram trazidos pelos sujeitos processuais.

Todavia, o provimento estatal, numa sociedade pluralista e complexa como esta em que vivemos, deve estar permeado, acima de qualquer outra situação, pela liberdade de manifestação de todos que nele estarão diretamente envolvidos, pela participação, jamais sendo assentado em convicções ideológicas solpsísticas que foram o marco do Estado Social, jamais tendo por objetivo uma suposta e pretensa “pacificação social” a ser alcançada por intermédio de escopos metajurídicos.

A despeito de tais imprescindíveis considerações, certamente, a legitimidade do provimento, no ambiente democrático, passa pela constatação de sua adequabilidade ao ordenamento, bem como por sua forma de construção. Não basta que, às partes, sejam conferidas iguais oportunidades, mas que os respectivos pronunciamentos sejam levados em consideração quando os provimentos forem emanados, haja vista que entendimento em sentido contrário conduz à certeza de total inaplicabilidade dos princípios constitucionais.

É certo que, sob a ótica dos códigos processuais brasileiros, o órgão judiciário é livre para decidir, desde que fundamente as razões de fato e de direito que o levaram a formular a estrutura do ato decisório.

Não menos certo, porém, é o fato de que nenhum provimento, sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, pode desconsiderar, quando da sua fundamentação⁶⁹, todos os argumentos produzidos pelas partes durante o *iter* procedimental (e aqui fazemos referência à possibilidade de ampla produção

⁶⁹ O processo que deve ser erguido com a participação dos afetados pelo provimento, como sustentamos, indica, claramente, a ainda prevalente necessidade do (re)pensar a “motivação”, impossibilitando a manutenção do solidificado raciocínio de que um dos sujeitos processuais deve ter atuação preponderante sobre os demais. A constitucionalização do processo, consoante ensinamentos tão consistentes de José Alfredo de Oliveira Baracho, compreende não somente o “direito ao processo” ou à “tutela jurisdicional” como garantia consagrada em termos constitucionais, mas, também, que esse direito se complete com a decisão meritória da demanda, devidamente fundamentada após a plena observância do direito ao contraditório, este como exigência de co-participação paritária dos sujeitos processuais em todo o procedimento de construção do provimento. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 17/18).

probatória como decorrência do direito fundamental assim estabelecido), relevando-os em simétrica paridade, pena de ser prolatado provimento totalmente desamparado de constitucionalidade.

Aliás, nem mesmo é possível afirmar que se tratará de um provimento jurisdicional, uma vez que não teria sido proferido de forma legitimada.

O ideal formato de construção de uma decisão judicial há que se amoldar, portanto, ao que reza o ordenamento através da sua base principiológica, pois sua legitimidade será aperfeiçoada, também, a partir do instante em que a motivação a ela inerente não esteja calcada em critérios subjetivos, pessoais, de sentimentos vagos de justiça⁷⁰, mas sim quando resultar da atividade procedimental que tenha sido desenvolvida mediante a apreciação de todas as questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelos sujeitos processuais, até porque é sabido que estes últimos é que serão os afetados pelos respectivos efeitos oriundos do provimento.

6.2A colaboração na atividade instrutória: processo cooperativo como premissa básica

Diante do que restou até aqui desenvolvido, nota-se a tendência de superação do modelo adotado no Estado Liberal, de total esvaziamento das funções desempenhadas pelo órgão judicial, bem como do modelo de autoritarismo impingido à conduta solitária do juiz, e que fora incorporado pelo Estado Social, por serem totalmente incompatíveis com a perspectiva democrática (NUNES, 2008,p. 212).

Neste sentido, a (re)construção dos fatos pelas partes⁷¹ e a própria interpretação do Direito, desde que irmanadas no modelo democrático, afastam

⁷⁰ É preciso que se elimine, definitivamente, a ideia de provimento como ato de inteligência, de superposição, de volição, que advenha da sensibilidade magnânima de quem julga, sob pena de manutenção do *status quo* do sistema jurídico e de conformação com o raciocínio de que não se faz necessário restaurar ou reconstruir o conceito de provimento em si, deslegitimando a própria essência do ato de decidir.

⁷¹ A (re)construção dos fatos advém da possibilidade de exercício pleno do direito fundamental à prova, cuja efetiva tutela mantém clara interdependência e reciprocidade com o Estado Democrático de Direito constitucionalmente organizado, na visão de Álvaro Ricardo de Souza Cruz. “Os conceitos são indissociáveis desde o constitucionalismo do século XVIII, mas agora possui novas conotações extraídas de uma dogmática pós-moderna, que concebe uma nova função ao texto constitucional, qual seja, a de garantir/regulamentar canais de comunicação/argumentação racional dos diversos atores (públicos e privados) das relações sociais/jurídicas” (Processo Constitucional e a efetividade

posturas outras que não coadunadas com a base principiológica constitucional, daí porque os fatos que devem ser levados em consideração são somente aqueles que passaram pelo crivo do contraditório, o que faz entender que o órgão judiciário deve se manter adstrito ao conjunto probatório encartado nos autos e devidamente compartilhado entre os litigantes.

É dizer, a jurisdição não pode mais ser inserida no centro do processo civil, mesmo porque, em assim procedendo, estar-se-ia ignorando o real papel do processo na construção do Estado Democrático de Direito (de espaço de diálogo e de exercício direto do poder pelo povo) e optando-se pela adoção de uma visão unilateral, conseqüentemente, incompatível com a dimensão democrática de participação, de efetiva influência que se conseguiu alcançar nos tempos modernos.

Convém, assim, e por necessário à exata compreensão de todo esse contexto, passar pelo exame do processo cooperativo, modelo que, para Fredie Didier Júnior (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 48), em trabalho de Pós-Doutoramento realizado junto à Universidade de Lisboa, parece ser “o mais adequado para uma democracia”.

O processo cooperativo parte da premissa de que o Estado deve, primordialmente, propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, cujo esteio é, inquestionavelmente, a dignidade da pessoa humana. Busca-se conferir posições coordenadas que atinjam o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, e que o diálogo deve ser uma constante na marcha procedimental.⁷²

E aqui, mais uma vez, surge a garantia do contraditório como elemento de destaque para a correta viabilização do diálogo e da cooperação, a implicar, necessariamente, deveres inerentes aos sujeitos processuais, tais como de *esclarecimento*, de *consulta*, de *prevenção* e de *auxílio*.

dos direitos fundamentais, in *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 241).

⁷² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113/115. O referido autor gaúcho, fazendo uma abordagem sobre os modelos processuais, assume que cada um deles desenha, de forma diferente, o problema da divisão do trabalho entre as pessoas do juízo, acrescentando, ao modelo “cooperativo”, os perfis dos modelos “isonômico” e “assimétrico”. Afirma, assim, que o primeiro concebe-se a partir de uma verdadeira relação de paridade entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, ao passo que o segundo, ao revés, configura-se pelo fato de o Estado ser compreendido como um sujeito que encontra-se acima do povo.

Neste pormenor, aliás, diante da expressa previsão do Código de Processo Civil de Portugal (art. 266º (PORTUGAL, 2011, p. 186)), imprescindível consignar os entendimentos de dois dos principais processualistas lusitanos.

O primeiro deles é Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 64/65), o qual acena, inicialmente, com o posicionamento de que o dever de *esclarecimento* é aquele consistente no dever de o tribunal se esclarecer, com os sujeitos processuais, acerca das dúvidas que eventualmente tenha sobre as alegações levadas a juízo, evitando-se decisões assentadas em percepções equivocadas ou apressadas (art. 266º, 2 e 3 (PORTUGAL, 2011, p. 186)).

Sobre o dever de *consulta*, o mesmo autor expõe que sua concepção implica reconhecer que o órgão judicial não pode proferir qualquer decisão (de fato ou de direito), mesmo que de ofício, sem que os sujeitos processuais sobre elas tenham tido a oportunidade de manifestação.⁷³ Percebe-se, nitidamente, a relação do dever de *consulta* ao princípio do contraditório, pois traz consigo o significado de garantia da influência na construção do provimento.

Relativamente ao dever de *prevenção*, Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 66) entende que o mesmo se aplica em todas as situações em que o êxito da ação em favor de qualquer das partes possa vir a ser frustrado em razão do uso inadequado do processo⁷⁴, algo bastante semelhante com o que se tem na legislação processual civil pátria quando se determina, por exemplo, a emenda da inicial (art. 284, Código de Processo Civil brasileiro (BRASIL, 2011, p. 438)).

Por fim, quanto ao dever de *auxílio*, o processualista português explica que o mesmo se apoia no dever de o tribunal sempre auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais, cabendo ao órgão judicial providenciar, sempre que possível, a remoção do obstáculo (arts. 266º, 4, 519º-A, 1, e 837º, C (PORTUGAL, 2011, p. 186, 255 e 344)) (SOUZA, 1997, p. 66).

⁷³ O art. 3º, 3, do Código de Processo Civil de Portugal, traz a seguinte redação, bastante ilustrativa da *ratio* do dever de *consulta*: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem”.

⁷⁴ Sobre as áreas de abrangência, o autor descreve a especificação dos pedidos que não sejam claros, as lacunas na exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequação do pedido à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte (SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª edição. Lisboa: Lex, 1997, p. 66).

O segundo autor português que merece realce é José Lebre de Freitas (2009, p. 168), responsável pela abordagem da cooperação em seus aspectos *material* (arts. 519 e 266º, 2 e 3 (PORTUGAL, 2011, p. 186 e 254)) e *formal* (arts. 266º, 4, 155 e 266º, B-3 (PORTUGAL, 2011, p. 149, 186 e 187)), ateve-se, em suas anotações, quase que literalmente, à redação integral do dispositivo legal. E assim se pronuncia:

A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva frequentemente a falar numa comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual.

Esta nova concepção do processo civil, bem afastada da velha ideia liberal numa luta arbitrada pelo juiz, revela bem a importância do princípio da cooperação. Embora se tenha revelado, na prática, difícil o período de adaptação a ela, a legislação portuguesa decorrente da previsão de 1995-1996 constitui um passo importante no sentido da sua imposição. (LEBRE DE FREITAS, 2009, p. 168).

Referido processualista dispõe, porém, no sentido de que, para o caso de desobediência ao princípio da cooperação, duas penalidades devem ser reconhecidas: a obrigação de indenizar e multa, independentemente da observância dos ônus processuais (LEBRE DE FREITAS, 2009, p. 163).

O que se depreende do acima exposto é que, não obstante a existência de dispositivo legal a respeito, a produção bibliográfica portuguesa ainda não aprofundou seus estudos nos aspectos constitucionais do direito processual, motivo pelo qual, mesmo diante de tamanho ganho legislativo, o princípio da cooperação ainda não tenha se incorporado definitivamente na prática judiciária lusitana.

Todavia, não pode passar despercebido o fato de que o princípio da cooperação, no que concerne à atividade probatória, desempenha relevantíssimo papel (notadamente no que se refere à necessidade de estabelecimento de um modelo de processo, como técnica de construção, que esteja compatibilizado com o princípio democrático em conformidade com a Constituição), uma vez que obriga que os sujeitos processuais colaborem com a construção do provimento, mesmo que, para tanto, tenham de ser estimulados por multas coercitivas e ameaças de sanções.

Destarte, quanto maior a participação dos envolvidos, mais se destaca o caráter democrático do processo, mais restará evidenciada a legitimidade do provimento.

6.30 texto positivamente constitucionalizado (princípios) alicerçando a racionalidade do provimento (legalidade estrita)

Em estudo publicado em homenagem a António Castanheira Neves, a lição de Milagros Otero Parga está muito bem adequada ao que se deve entender por racionalidade do provimento:

Parto da idéia de que é necessário reforçar a racionalidade jurídica do julgamento para proteger os cidadãos contra a arbitrariedade possível de quem decide, e também para garantir, tanto quanto possível, a igualdade dos cidadãos perante a lei, e na ausência de tratamento discriminatório. O princípio da segurança determina que todo cidadão deve saber as conseqüências adversas decorrentes da realização de seus atos em cada momento. Por isso, não só tem de conhecer as leis e assumi-las, pois lhe vinculam, mas também, conhecer de forma clara o resultado que seu descumprimento pode lhe acarretar. (OTERO PARGA, 2008, p. 804/805. Tradução nossa).⁷⁵

A racionalidade do provimento, portanto, não pode ser amparada no subjetivismo que a vetusta teoria da relação jurídica processual ainda insiste em conferir ao julgador⁷⁶, pois o direito é uma permanente criação de homens e mulheres e, por isto mesmo, deve se fundar no princípio democrático.

Assim, racional será o ato calcado no texto positivamente constitucionalizado, é dizer, uma razão construída de forma compartilhada pelas partes, mediante obediência a processos legislativos e jurisdicionais fundados no ordenamento democraticamente instituído e garantidor da imparcialidade que deve permear a atuação do Estado-juiz.

⁷⁵ La idea de la que parto es la necesidad de afianzar la racionalidade legal de la sentencia para proteger al ciudadano de la posible arbitrariedad de quien decide, y para asegurar además, en la medida de lo posible, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y la ausencia de trato discriminatório. El principio de certeza determina que todo ciudadano debe saber las consecuencias perjudiciales para él que se derivan de la realización de sus actos en cada momento. Y por eso no sólo tiene que conocer las leyes y asurmilas puesto que le vinculan, sino también conocer de forma clara el resultado que su incumplimiento puede acarretarle. OTERO PARGA, Milagros. Sobre motivación, fundamentación, justificación y explicación de las sentencias judiciales. In: *Ars Ivdicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. V. I: Filosofia, Teoria e Metodologia. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 804/805.

⁷⁶ Aqui convém registrar o pensamento de Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, para quem “o provimento não pode ser mais entendido como ato de inteligência ou volição, advindo da sensibilidade do julgador, na medida em que a não problematização, pela famosa *eureka*, o descobrir pelo descobri, não pode mais ganhar respaldo, sob pena de manter o que não pode ser mantido, colaborando desta forma para a destruição ou autodestruição do próprio sistema jurídico e do próprio homem” (*Legitimidade dos provimentos*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 279).

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ao se manifestar acerca da imperiosa necessidade de compreensão constitucionalmente adequada da jurisdição, escreve que:

O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não é indiferente às razões pelas quais ou ao modo através do qual um juiz ou tribunal toma suas decisões: ele cobra a reflexão acerca dos paradigmas que informam a própria decisão jurisdicional. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 142).

E complementa:

Ou seja, por um lado, o princípio da certeza requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente; por outro, a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 142/143).

A despeito dos vários posicionamentos doutrinários externados com propriedade e que criticam a “discricionariedade” do órgão judicial quando da prolação dos provimentos, é preciso, diante do aqui exposto, consignar que devem ser realimentadas (possibilitando, assim, uma permanente discussão acadêmica) as pertinentes críticas que se fazem a respeito, pois não se concebe, hodiernamente, a manutenção de um comportamento decisório totalmente alienado da racionalidade (consoante perspectiva habermasiana) e conseqüentemente deslegitimado.

A argumentação, dentro da ideia de respeito integral ao direito fundamental à prova como ora se defende, deve se dar com lastro na participação de todos os afetados, garantindo, assim, a racionalidade que se almeja e afastando, por completo, o subjetivismo daquele que julga.⁷⁷

Percebe-se, com isso, os limites que envolvem a motivação dos provimentos (impedindo a adoção do subjetivismo e a conseqüente parcialidade), calcados, justamente, na impossibilidade de se extrapolar os argumentos jurídicos e, também,

⁷⁷ A propósito, com imensa maestria, impõe-se a leitura do texto elaborado por MACHADO, Felipe Daniel Amorim e BARROS, Flaviane de Magalhães, intitulado “*Produção antecipada de provas no Processo Penal: uma análise da reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, a discussão a respeito das garantias do acusado versus eficiência da investigação*”, publicado nos XV Anais do CONPEDI realizado em Manaus, 2006.

na obrigatoriedade de construção baseada na argumentação participativa dos sujeitos processuais, permitindo que consigam discutir o caso concreto.

Através dos tempos e, não se poderia entender de forma diversa, a institucionalização do processo efetivada pela Constituição Federal de 1.988 (BRASIL, 2011) aponta que o provimento jurisdicional não pode ser vislumbrado como um simples instrumento à disposição do Estado para, única e exclusivamente, atingir escopos metajurídicos mediante atividade do órgão judiciário.

Vai muito mais além, passando, para fins de sua legitimação pelo processo, pela irrecusável obediência aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, do acesso e exercício ao devido processo, à duração razoável dos procedimentos e à fundamentação das decisões⁷⁸, conforme acima exposto, em total consonância com o que sustenta a Teoria Geral do Processo Constitucional, preconizada no Brasil, desde os idos de 1984, por José Alfredo de Oliveira Baracho (2006).

⁷⁸ Enfatizando o papel do princípio “cooperativo” no que concerne à motivação das decisões judiciais, importante destacar, uma vez mais, Daniel Mitidiero, para quem: “O matriz cooperativo também se manifesta no processo no momento da decisão da causa, que não deve ser prolatada de maneira que possa surpreender as partes e que deve conter uma efetiva ponderação dos argumentos produzidos ao longo do processo a fim de convencer o órgão jurisdicional dessa ou daquela versão jurídica para as alegações do processo” (*Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 173).

7 A ESTRUTURA PROBATÓRIA DO NOVO CPC (PL 8.046/2010): MANUTENÇÃO DO *STATUS QUO*?

O tema da “prova”, bem como todas as suas características e espécies, segundo o teor do PL 8.046/2010 (TEIXEIRA, 2010), ainda em trâmite na Câmara dos Deputados, encabeçando uma nova legislação processual civil, após a apresentação, naquela Casa de Leis, de 900 (novecentas) emendas, encontram-se abordados no Capítulo XII, do Livro I, mais precisamente entre os arts. 375 e 492 (seis artigos a mais do que se tem no texto vigente).

Antes de adentrar nele propriamente dito, porém, e sem querer tecer algum juízo de interpretação mais aprofundado quanto ao que pretende o legislador pátrio com a proposição de elaboração de um novo texto (situação que somente poderá ser melhor aquilatada, em nosso sentir, após a aplicabilidade prática do novo ordenamento), razoável é reconhecer, *prima facie*, que o novel conteúdo se apresenta permeado de bons argumentos e propósitos (porque igualmente subsidiado, no seu aspecto técnico-redacional, por juristas de calibre que bem acompanharam, *in locu*, o trabalho na Câmara dos Deputados), compatíveis com a ideia do “processo na construção do Estado Democrático de Direito”.

Dentre eles, destacadamente, se situam a questão principiológica de início inserida no texto e a concretização do “dever de consulta”, manifestação do contraditório substancial, imposto ao órgão jurisdicional para que não profira qualquer provimento com base em questão a respeito da qual as partes não tiveram oportunidade de manifestação.

Assim, ingressando no que interessa ao objeto da presente tese, um exame mais acurado pode constatar, de plano, que, dentre as alterações que se pretende implementar, a possibilidade de distribuição do ônus da prova, técnica consagrada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, é medida que deve ser ressaltada. E explica-se.

É que, a despeito de o tema da já ter sido tratado no capítulo 3, a redação do art. 7º do projeto de lei (TEIXEIRA, 2010) em exame apresenta conteúdo bastante abrangente, pois possibilita a garantia da concretização da paridade material aos sujeitos do processo ao determinar que, ao longo de todo o caminho procedimental, o órgão jurisdicional faça prevalecer a garantia do contraditório. Desgarra-se, portanto, da situação casuísta (a possibilidade de inversão do ônus da

prova, insculpida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2011, p. 856)) e universaliza-se a prática (KLIPPEL, 2011, p. 343).

É sabido, e a prática diária assim revela, que, arditosamente, alguns réus costumam se omitir quando chamados em juízo para a apresentação de instrumentos de prova que se mostram imprescindíveis para a solução do litígio. Neste sentido, a referida omissão e o fato de competir, à parte autora, trazer aos autos os elementos que constituem o direito por ela alegado (art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 442)), são situações que culminarão, justamente, com a derrota da mesma parte autora caso seja necessária a utilização da regra do *onus probandi*.

O que se almeja, diante do novo comando legislativo, é fazer com que esse encargo das partes de demonstrar as afirmações sobre os fatos (distribuição), construídas através da produção probatória, o que não deixa de ser uma atividade de cooperação (vide capítulo 6), se torne dinâmico e a regra do ônus da prova seja implantada não mais de forma tópica.

Bastará, portanto, que seja determinado que aquele que tenha melhores condições de apresentar provas em juízo assim o faça para que, rompida a tradicional divisão do *onus probandi*, reveladora de severas punições indesejadas, o encargo probatório assumo feio muito mais amoldado ao processo democrático, fornecendo elementos críveis para a necessária fundamentação do provimento.

Prosseguindo, e no mais, ficou claro que a espinha dorsal do capítulo da prova está mantida, havendo, porém, alguns outros pontos que merecem registro, caso efetivamente incorporados ao texto final.

O primeiro deles diz respeito à inserção, no corpo do capítulo da prova, da temática da “produção antecipada das provas”, agora não mais denominada de medida cautelar típica (o típico processo cautelar preparatório, nos dizeres de Carnelutti), e sequencialmente às “disposições gerais”, o que revela a intenção legislativa no sentido de demonstrar a ainda prevalência do instituto.

Aliás, os novos dispositivos trazem características muito parecidas com aquelas com as quais nos deparamos no texto processual civil em vigência, inclusive a de que, após a obtenção da almejada produção, sempre respeitado o devido conhecimento aos interessados (art. 388, p. 1º (TEIXEIRA, 2010)), os autos permanecerão em cartório, pelo prazo de 1 (um) mês (o lapso temporal é novidade, pois não há igual precedente no texto vigente), a fim de que cópias e certidões

sejam extraídas por eventuais interessados, sendo, em seguida, entregues ao promovente (art. 389 e parágrafo único (TEIXEIRA, 2010)).

Por fim, observa-se que a redação não faz menção específica quanto ao meio de prova que pode ser produzido antecipadamente, o que possibilita compreender que a antecipação probatória poderá se aperfeiçoar mediante qualquer meio de prova.

A segunda modificação está relacionada à concretização da utilização dos serviços extrajudiciais para o registro dos fatos relevantes para a proteção do direito sustentado pelo interessado, materializando-o através da “ata notarial”.

Em um único artigo (390 (TEIXEIRA, 2010)), a proposta legislativa alça à condição de meio de prova o instrumento público que registra tais fatos, expandindo sua abrangência para que dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos possam ser igualmente documentados e, conseqüentemente, robustecem sua força probante.

A “ata notarial” tem previsão na Lei 8.935/94, mais precisamente em seu art. 6º, (BRASIL, 2011, p. 1.630) o que a faz ser diferente da “escritura pública”, pois, dentre outras características que as afastam, e aqui não seria o momento do exame pormenorizado de cada uma delas, destacam-se: a) o fato de funcionar como instrumento de reconhecimento do testemunho de fatos presenciados pelo próprio notário, enquanto que a “escritura pública” contém declarações de vontade de quem a lavra; b) ser sempre unilateral, enquanto que a “escritura pública” pode trazer em seu bojo um ato jurídico que pode ser unilateral ou bilateral; c) como consiste na narração de um fato presenciado pelo notário, independe da presença e da assinatura de testemunhas, até mesmo da assinatura do interessado no registro, ao passo que a “escritura pública”, por refletir a redação de uma declaração de vontade, deverá conter a assinatura do interessado.

Exemplos de possibilidade de utilização prática do “ato notarial” encontram-se em situações rotineiras, como o pai que deseja registrar o fato de sua ex-esposa impedi-lo de visitar os filhos menores, mesmo no horário previamente ajustado de comum acordo perante o órgão jurisdicional; o interessado que solicita que o notário registre o conteúdo de um determinado *site* que esteja na *internet* há um bom tempo, trazendo-lhe prejuízos consideráveis em razão da política dos direitos autorais; o registro de um esbulho, a amparar uma futura ação de reintegração de posse e que tivesse sido filmado através da câmera de vídeo instalada no próprio

telefone celular do interessado; uma mercadoria adquirida num determinado estabelecimento com prazo de validade expirado etc..

A propósito, sobre as conhecidas “provas eletrônicas”, tão em uso hodiernamente, há que se consignar, por oportuno, ser necessário que os notários não somente descrevam o que estão presenciando quando da lavratura da ata notarial, mas, também, reproduzam os filmes ou as respectivas imagens então submetidas, certificando de qual endereço eletrônico, dia e horário teriam sido obtidos.

Entendemos, portanto, que a utilização da “ata notarial”, elevada à condição processual de meio de prova, e devidamente racionalizada, pode ser de grande valia e interesse, desde que o exercício do serviço público delegado, da mesma forma, seja norteado pela responsabilidade e pelo profissionalismo de todos aqueles que atuam em tão significativo segmento.

Uma terceira modificação que merece realce encontra-se relacionada com o incremento dos meios proporcionados pelo uso permanente da informática e com a possibilidade de que o “depoimento pessoal” da parte que reside em comarca ou seção judiciária diversa seja realizado através do sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 391, parágrafo. 3º (TEIXEIRA, 2010)).

A proposta, num primeiro exame, se revela vantajosa quanto à economia de tempo que poderá proporcionar aos trâmites procedimentais, restando saber, porém, se os órgãos jurisdicionais estarão capacitados, materialmente, para a implementação efetiva do novo mecanismo.

O deslocamento territorial da parte, em determinadas situações concretas, por vezes se revela inviável, assaz oneroso, notadamente por envolver, dentre outros, os custos de transporte e de alimentação que nem sempre podem ser honrados, motivo pelo qual a possibilidade de sua oitiva na própria comarca em que reside seria uma forma de atenuar tais prejuízos e de contribuir para a celeridade que se quer imprimir ao andamento procedimental.

Há um dado curioso, e porque não dizer, preocupante (porém, realista), na proposta legislativa em análise, uma vez que se estabelece que o depoente não precisará expor sobre fatos que coloquem em perigo sua vida ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em grau sucessível (art. 394, inc. III e IV (TEIXEIRA, 2010)), dispositivo que, claramente, tem o propósito de preservar o bem maior de

todos os mencionados, mas que não será aplicado às demandas que envolvam as ações de estado e de família (art. 394, parágrafo único (TEIXEIRA, 2010)).

Se não se admite que alguém se recuse a depor, exceto para não produzir prova contra si no âmbito penal ou decorrente do dever de sigilo, como se infere do texto processual civil vigente (art. 347 (BRASIL, 2011, p. 443)), a possibilidade inserta no projeto legislativo não deixa de estar coadunada com ambas as situações na medida em que está diretamente relacionada com o momento sociocultural que hoje se vivencia.

A criminalidade açodada que se espraia em nossa sociedade e a falta de uma ação combativa mais rigorosa, por parte do próprio Estado, na prevenção e na redução dos números preocupantes que se revelam na mídia dia após dia, foram, indubitavelmente, o mote do legislador pátrio.

Todavia, e sob o lastro de que a prova servirá ao processo, e não às partes e/ou ao juiz, há que se atentar para a possibilidade do uso desenfreado de tal “imunidade” concedida para que a parte se furte do dever de relatar tudo aquilo que souber sobre os fatos trazidos aos autos, situação que, por certo, refletirá quando da fundamentação do provimento final.

A simples alegação da parte de que não poderá depor sobre determinados fatos, alicerçada nos fundamentos do dispositivo em comento, deverá vir acompanhada de lastro probatório suficiente, sob pena de se entender que está deixando, maliciosamente, de cooperar com a formação do acervo probatório. Equacionar tais situações será mais do que um desafio.

Ainda sobre o “depoimento pessoal”, o que se percebe é a intenção do legislador em retirar a figura do “interrogatório” do mesmo contexto daquele, é dizer, da mesma seção, e deslocá-lo para item próprio.

Atualmente, a possibilidade de realização do chamado “interrogatório”, ou seja, a possibilidade de o órgão judicial poder ouvir a parte em qualquer fase do procedimento, e não somente na audiência de instrução e julgamento, encontra-se prevista no primeiro dispositivo legal inserido na seção que trata do “depoimento pessoal”, mais precisamente no art. 342 (BRASIL, 2011, p. 443), dispositivo, aliás, que não vem merecendo a devida atenção dos sujeitos processuais, uma vez que a celeridade parece querer ser imposta a todo e qualquer custo, naquilo que já chamamos de “processo de resultados”.

O que se almeja, em nosso pensar, é estabelecer a separação entre ambos os institutos, destacando o “depoimento pessoal” como aquele ato realizado quando da audiência de instrução e julgamento, com a possibilidade da aplicação da pena de confissão em caso de, intimada e advertida, a parte não comparecer, ou, comparecendo, recusar-se a depor (art. 391, parágrafo 1º (TEIXEIRA, 2010)), e o “interrogatório” para o ato possível de ser realizado em qualquer momento procedimental, por determinação do órgão judicial, porém sem a aplicação da pena de confissão (art. 121, VIII (TEIXEIRA, 2010)).

A verdade é que ambos os meios de prova, independentemente da sua localização no corpo do texto processual civil, se constituem em instrumentos valiosos para todos que estejam atuando num determinado feito, proporcionando, assim, que se chegue ao provimento final com argumentos sólidos e concretos de fundamentação. O que se precisa, porém, é que se tente obter, em cada um dos institutos, produzidos no momento procedimental adequado, dados suficientes e que somente embasem e contribuam para a formação do provimento.

Um quarto ponto a ser considerado e que merece um realce positivo está relacionado com a “confissão”, meio de prova já analisado no capítulo 4, mas que, doravante encontra-se em sintonia com o Código Civil vigente (art. 214 (BRASIL, 2011, p. 179)), ao prescrever não somente sua irrevogabilidade, mas que também poderá ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação (art. 399 (TEIXEIRA, 2010)).

O quinto ponto de destaque no projeto legislativo aqui examinado está relacionado com a “prova documental” (mantida sua estrutura com as mesmas subseções), mais detidamente com o incremento dos produtos digitais no mercado, e com a possibilidade de admissão da fotografia, digital e daquelas extraídas da rede mundial de computadores, cabendo ao seu autor, caso impugnadas, apresentar a respectiva autenticação eletrônica (art. 428, parágrafo 1º (TEIXEIRA, 2010)).

A idéia está em conformidade com a evolução da própria prova fotográfica ao longo dos tempos, pois é sabido que, atualmente, diante da facilidade para a aquisição das máquinas digitais, o antigo equipamento perdeu sua razão de ser e, portanto, hoje é muito mais comum falarmos da utilização de dispositivos como “chip”, “disquete” e “memory card”, ao invés de “negativos fotográficos”, expressão que se utilizava para designar aquela parte do filme fotográfico responsável pela revelação das respectivas fotos.

Assim, caso haja alguma dúvida em relação ao conteúdo da prova fotográfica digitalizada que teria sido produzida, cabe à outra parte, no exercício do contraditório, impugná-la e, se o caso, até mesmo utilizar-se de perícia técnica para a solução do incidente.

Faz-se curial mencionar que as máquinas fotográficas digitais são passíveis de manipulação, antes da extração das fotografias, por intermédio de programas de computador específicos, daí porque a premente necessidade de se utilizar de uma perícia técnica quando a dúvida sobre a autenticidade se instalar.

A medida, sem dúvidas, embora salutar, já deveria ter sido implementada há tempos.

Prosseguindo, mas ainda dentro da prova documental, opta-se, no projeto de lei, pela ampliação do prazo para que, aquele contra quem a prova fora produzida, possa arguir o incidente de falsidade, elevando-o a 15 (quinze) dias, e não mais 10 (dez) como anteriormente, oportunizando-se não somente na contestação, mas, também, na réplica (art. 436). Posteriormente, ouvindo-se a parte adversa, em idêntico prazo, produz-se, então, a prova pericial para fins de solução da arguição.

Há dado igualmente interessante no projeto, agora no que pertine à produção da prova documental, e que demonstra que o legislador está atento, mais uma vez, para a possibilidade de reprodução cinematográfica ou fotográfica, pois autoriza que ambas venham aos autos por ocasião da audiência de instrução e participação, no ato, de todos os sujeitos processuais (art. 440, parágrafo único (TEIXEIRA, 2010)).

Não obstante alguns órgãos judiciais já adotem, na prática, o procedimento de reprodução desse específico meio de prova em audiência de instrução, com amplo debate processual e, muitas das vezes, utilizando-se de equipamentos próprios, a medida, trazendo mais clareza e publicidade, ressalta a necessidade de obediência irrestrita ao contraditório.

Quanto aos “documentos novos”⁷⁹, o legislador ratificou o pensamento de que, em qualquer tempo, a prova surgida após a distribuição da inicial e da peça de

⁷⁹ Lembrar que, segundo comando normativo vigente, a prova documental deve instruir as peças inicial e de resposta, sob pena de preclusão, situação que é mantida no projeto de lei (arts. 440 e seguintes). Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em breve síntese, e tomando por base o conceito legal da “justa causa”, adicionam interessantes situações que possibilitam a juntada dos documentos novos “a) quando o documento somente for conhecido pela parte interessada após o

resposta poderá ser acrescida ao conjunto probatório, desde que demonstrado que não fora juntada anteriormente em razão do desconhecimento quanto à sua existência, ou por ter sido produzida após o início do procedimento (evidenciando boa-fé), sempre com a possibilidade incontestável que a parte contrária sobre ela se manifeste, agora no prazo de 15 (quinze) dias (arts. 441 e 443, parágrafo 1º (TEIXEIRA, 2010)).⁸⁰

Entendemos correta a alteração do prazo legal para manifestação sobre os novos documentos juntados, mesmo porque não se pode precisar o número de documentos que serão levados aos autos, possibilitando, assim, uma dilação temporal suficiente para que eventuais impugnações sejam apresentadas. Aliás, tanto foi esse o espírito legislativo que, no mesmo art. 443, parágrafo 2º (TEIXEIRA, 2010), restou assentado que o órgão judicial, a requerimento da parte, poderá até estender o prazo legal em se tratando de documentos complexos e numerosos.

Último item a ser destacado e relacionado à prova documental diz respeito à possibilidade de utilização de “documentos eletrônicos” no processo convencional, desde que convertidos na forma impressa e demonstrada sua autenticidade (arts. 445 e seguintes (TEIXEIRA, 2010)).

Ressalte-se que a autenticidade deverá ser demonstrada através do que se convencionou chamar de autoridade certificadora, entidade responsável por identificar o titular da chamada “chave privada” correspondente à “chave pública” e confirmando a origem do documento eletrônico. A assinatura é emitida, justamente, pela autoridade certificadora, responsável por atestar a identidade do signatário e que tal procedimento vem regulamentado pela MP nº 2-200/2/2001, responsável pela criação do Instituto Brasileiro de Chaves Públicas (ICP-Brasil).

encerramento da oportunidade propícia para a juntada aos autos; b) quando o documento, embora de ciência da parte, não possa ser obtido (porque sua obtenção demanda procedimento prévio, por estar em lugar ermo, por estar encartado em outro processo, cujo acesso é demorado etc.) em tempo hábil para ser juntado no momento correto nos autos; c) quando o documento, embora seja de conhecimento e de posse pela parte, não possa chegar às mãos do advogado em tempo para que seja juntado nos autos até a ocasião adequada; d) quando a juntada do documento, no tempo oportuno, constitua atitude temerária, porque, por exemplo se duvida da sua autenticidade e se está procedendo a uma verificação preventiva” (*Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 708).

⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça entende pela juntada de documentos novos, até mesmo, em fase recursal, desde que caracterizada a boa-fé por aquele que adota tal procedimento (AgRg no Ag em REsp 160.012/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado em 15.6.2012; AgRg no REsp 1.166.670/PB, rel. Min. João Otávio de Noronha, publicado em 19.5.2011; AgRg no Ag 1.378.759/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, publicado em 13.5.2011; REsp 1.070.395/SP, rel. Min. Castro Meira, publicado em 27.9.2010)

Novamente, o que se observa é a aceitação de meio de prova bastante comum nos dias atuais, mas que necessitava de regulamentação legal, não obstante a existência de somente 3 (dois) dispositivos que, timidamente, tratando dos atos processuais, fazem incursões pelo processo eletrônico (art. 169, parágrafo 2º e 3º, e art. 417, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 428 e 448)). É dever do legislador olhar ao redor e perceber as realidades, cabendo à novel legislação incorporar, sim, todas as principais características que devem nortear o processo eletrônico.⁸¹

Sem previsão legal no ordenamento vigente, percebe-se que os primeiros passos estão sendo dados na direção de virtualização dos autos do processo, mas ainda há muito que se fazer. Mais do que isso, é preciso que se compreenda que a virtualização não é solução para todas as mazelas, mas uma realidade incontestável e da qual ninguém deve se dissociar.

Sabe-se que o novo Código de Processo Civil não será o maior responsável pela sistematização do processo virtual no Brasil, mas é indubitável que se deve caminhar nesta direção. O avanço para a virtualização é uma imposição que o próprio tempo coloca sobre o legislador.

Partindo para a “prova testemunhal”, uma primeira e necessária observação diz respeito à possibilidade de que o órgão judicial realize a oitiva de menores quando somente elas conheçam dos fatos alegados nos autos, testemunho que se aperfeiçoará independentemente de compromisso e que terá atribuído o valor que possa merecer (art. 453, parágrafo 4º (TEIXEIRA, 2010)).

A respeito do que a proposta legislativa consideraria como “menores”, remetemos ao conteúdo do teor do art. 228, inc. I, do Código Civil (BRASIL, 2011, p. 180), ao prever, expressamente, que os menores de 16 (dezesesseis) anos de idade não podem ser testemunhas, bem como ao art. 405, parágrafo 1º, inc. III, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 446).

Entendemos que a possibilidade advinda com a nova redação será de muito bom grado, compatibilizando com o direito fundamental à prova, mesmo porque com

⁸¹ “Afim, a modernidade traz inovações que se refletem em todos os ramos do conhecimento, inclusive na ciência jurídica, que não deve e não pode estar afastada da realidade, até porque as lides levadas às barras dos tribunais que por uma razão ou por outra tiveram as novas tecnologias como uma de suas facetas, não poderiam deixar de ser conhecidas pelo singelo fato de que a lei anteriormente não os previu” (ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *A informatização do Judiciário e processo judicial eletrônico*. Coords. BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana. Manual de Direito Eletrônico e Internet. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2006, p. 101.

os olhos voltados fundamentalmente para as questões envolvendo o direito de família contemporâneo e abrangendo a tutela dos interesses superiores das crianças e dos adolescentes, fazendo estender a possibilidade da oitiva daqueles menores em determinadas situações.⁸²

Não é demais salientar que a admissibilidade da prova testemunhal está diretamente condicionada à capacidade de discernimento dos fatos jurídicos apresentados como controversos, e não à idade. E não é só. Em sendo admitida a oitiva de um menor, a questão deixa de estar relacionada à admissibilidade e passa a ter relação com a valoração a ser feita pelo órgão judicial, cuja eficácia probatória será aferida juntamente com os demais elementos probatórios constantes dos autos, como deve ser.

Outra questão inerente à produção da prova testemunhal amplia o rol daquelas pessoas que podem ser inquiridos em sua residência ou no local onde exercem a sua função (art. 460, inc. V, X e XI (TEIXEIRA, 2010)). Por mera opção legislativa, passam a ser incluídos, agora, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral do Estado, o Procurador-Geral do Município, o Defensor Público-Geral Federal, o Defensor Público-Geral do Estado, o Prefeito e o Procurador-Geral de Justiça.

Sobre a acareação, ainda na esteira da premência de adoção do processo eletrônico, o projeto faculta que a mesma se dê, dependendo da situação concreta, por intermédio de videoconferência ou qualquer outro recurso tecnológico (art. 467, parágrafo 2º (TEIXEIRA, 2010)), situação que, todavia, não trará benefícios relevantes, uma vez que o ideal é que, a fim de melhor aquilatar as divergências constatadas quando das suas respectivas declarações, as testemunhas acareadas estejam frente a frente, como o próprio termo sugere. A proximidade física das testemunhas, muito mais que a proximidade virtual, e por mais dificuldades que o ato de acareação traga no seu conteúdo, ainda é o caminho mais adequado para que os fatos divergentes sejam então esclarecidos.

Finalizando o item relativo à produção da prova testemunhal, o projeto ainda insere um artigo específico e destinado a regulamentar a produção da prova testemunhal técnica (art. 469 (TEIXEIRA, 2010)).

⁸² A redação do art. 405, p. 4º, do Código de Processo Civil vigente, é clara no sentido de que, quando estritamente necessário, as testemunhas impedidas ou suspeitas serão ouvidas, independentemente de compromisso, cabendo ao juiz atribuir às declarações de cada o valor que possam merecer.

Deixa claro o legislador que o juiz pode indicar e a parte pode arrolar a testemunha que detenha conhecimentos técnicos suficientes para opinar sobre o ponto controvertido da causa, sem prejuízo da produção da prova pericial propriamente dita. Trata-se, sem dúvidas, de mais um subsídio probatório para contribuir na formação do provimento, e que já é utilizado na prática, podendo se consolidar como substancial meio de prova no exame das questões eminentemente técnicas, impondo-se, à parte, tão-somente, a condição de demonstrar sua formação acadêmica.

Adentrando na seara da “prova pericial”, o projeto tece algumas poucas alterações, consignando, porém, que a prova testemunhal técnica indicada no parágrafo anterior poderá ser produzida, se assim a parte requerer, antes da realização da prova pericial, situação que inverte o *modus operandi* atual e que se constitui em verdadeira modalidade de antecipação da produção probatória, agilizando o trâmite procedimental (art. 470, parágrafo 3º (TEIXEIRA, 2010)).

Também, com o propósito de possibilitar que a parte tenha um prazo dilatado para a nomeação dos seus assistentes técnicos, o legislador fixou um lapso temporal de 15 (quinze) dias para tanto (art. 471, parágrafo 1º, inc. I (TEIXEIRA, 2010)), ou seja, concedeu 10 (dez) dias a mais do que atualmente previsto (art. 421, parágrafo 1º, inc. I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 448)). A medida, como parece este ter sido o espírito legislativo ao longo de todo o texto, se mostra bastante razoável e segue uma tendência de não trabalhar com prazos exíguos que, diante do volume exacerbado de feitos em andamento, nem sempre conseguem ser cumpridos.

Ao perito, tão logo nomeado, caberá apresentar sua proposta de honorários, sobre a qual as partes se manifestarão (art. 471 (TEIXEIRA, 2010)). O juiz, ao final, estabelecerá o valor definitivo e dará ciência aos demais sujeitos processuais. E para que não se alegue polêmica quanto ao montante que deverá ser pago por ocasião do início dos trabalhos periciais, a novel legislação determina sejam adiantados 45% do valor indicado, remanescendo, o percentual restante, para o final do litígio (art. 471, parágrafo 5º (TEIXEIRA, 2010)).

O teor da proposta vem bem a calhar, pois deixa assentado que, à parte interessada, haverá a necessidade de arcar, ao menos de início, com o pagamento de honorários técnicos em montante definido (45%), sabendo, pois, o que, de exato,

terá de suportar, eliminando a celeuma que atualmente se revela com a fixação dos honorários iniciais em patamar sequer pode ser arcado.

Quanto às hipóteses de substituição do perito, foram mantidas aquelas atualmente inseridas no texto processual civil vigente (art. 424, inc. I e II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 448)), tendo sido acrescentado que, ao perito substituído, deverá ser imposta a obrigação de devolução do numerário recebido, autorizando-se, também, que, em assim não procedendo voluntariamente, poderá a parte que adiantou o pagamento dos honorários, promover demanda executiva contra o técnico (art. 474, parágrafo 2º e 3º (TEIXEIRA, 2010)).

O intuito do legislador é o de impedir que o perito se locuplete ilicitamente, mesmo porque as 2 (duas) hipóteses autorizadoras da substituição dizem respeito à carência de conhecimento técnico e quando deixar de cumprir o encargo dentro do prazo que for determinado.

Interessante, e importante, modificação é a que possibilita que as partes, de comum acordo, indiquem o perito a ser nomeado, a chamada “perícia consensual”, desde que sejam plenamente capazes e trate-se de causa em que possa ser resolvida por autocomposição, nada impedindo que também indiquem seus respectivos assistentes técnicos (art. 477 (TEIXEIRA, 2010)).

Diante de tal comportamento adotado pelas partes, evita-se que o órgão judicial nomeie o perito que atuará naqueles autos, o qual, por vezes, nem sempre é do agrado técnico de ambas as partes, seja pela duvidosa competência, seja por questão de parcialidade, seja pelos honorários iniciais estipulados, seja pela demora na conclusão do laudo técnico etc..

Talvez o mais difícil seja fazer com que as partes compreendam que a escolha do perito, de comum acordo, poderá trazer evidentes benefícios, uma vez que evitará, por exemplo, seja arguida a suspeição do técnico e/ou questionada a qualidade dos seus trabalhos, tudo a contribuir para um trâmite procedimental mais célere.

Caberá ao perito, ainda, cingir-se a um conteúdo determinado do laudo que irá elaborar, uma vez que deverá descrever, tão-somente, os elementos indicados no novo texto processual civil (art.479 (TEIXEIRA, 2010)). Assim, deverá, utilizando-se de linguagem simples, atestar seus conhecimentos, de forma fundamentada, sobre o objeto periciado, a indicação do método então adotado, respondendo, por fim, a todos os quesitos formulados pelos sujeitos processuais.

Determina-se, ainda, que o mesmo perito deverá se abster de emitir opiniões pessoais sobre o objeto do trabalho que desenvolve, da mesma forma que deverá limitar-se ao que determinado quando da sua designação.

Tem, o legislador, o patente objetivo de restringir a atuação técnica ao que determinado como foco do trabalho que irá desenvolver, evitando-se, com isso, até porque não há regulamentação neste sentido, que extrapole suas funções e comprometa, ainda mais, o trâmite procedimental.

Por último, mas não menos importante, a atividade saneadora, com a possibilidade de fixação dos pontos controvertidos da demanda e a especificação das provas que as partes pretendam produzir, resta mantida (art. 363 (TEIXEIRA, 2010)).

É de ser ressaltada, por louvável, a preocupação do legislador em possibilitar que as partes contribuam com o objetivo de delimitar as questões de fato e de direito efetivamente relevantes (art. 363, parágrafo 2º (TEIXEIRA, 2010)), sem contar que, ainda que saneado o feito, as mesmas partes podem solicitar esclarecimentos ou ajustes ao decisório (art. 363, parágrafo 1º (TEIXEIRA, 2010)), o que somente enfatiza o caráter democrático e de cooperação que se quer ver implementado.

Dentro daquilo que preconizamos no decorrer da presente tese, referentemente à obediência à prova como direito fundamental, corroboramos o entendimento legislativo no sentido que o laudo pericial seja protocolado, m Juízo, com prazo razoável antes do ato instrutório, da mesma forma que as partes terão a oportunidade de sobre ele se manifestarem com antecedência, evitando-se, assim, o elemento surpresa e entendendo a garantia do contraditório como possibilidade de influência no desenvolvimento e resultado do procedimento (art. 483 (TEIXEIRA, 2010)).

Em arremate ao que se prenuncia quanto à prova pericial, o novo texto processual pretende manter o entendimento do atual Código de Processo Civil (art. 436 (BRASIL, 2011, p. 449)) no que concerne à apreciação da prova pericial pelo órgão judicial e sua valorização na elaboração do provimento, desvinculando-o de ficar adstrito ao conteúdo do laudo então produzido (art. 485 (TEIXEIRA, 2010)).

Já foi mencionado que, sob a perspectiva do sistema da persuasão racional (vide capítulo 3) adotado pelo legislador pátrio, a formação legitimada do provimento somente se concretizará através de uma discussão processual compartilhada,

cabendo ao órgão judicial valorar e valorizar todo o arcabouço probatório encartado nos autos, seja uma simples prova documental, seja uma perícia de alta complexidade, seja a fala testemunhal, seja uma confissão ficta, é dizer, o convencimento deverá estar calcado não numa específica prova produzida, mas no todo que reveste o feito.

Pondere-se, todavia, e na mesma linha de construção do pensamento aqui adotado, que o fato de o órgão judicial não estar vinculado às conclusões do laudo pericial não o afasta do dever constitucional de explicitar os motivos pelos quais o rejeita, se o caso. Ao contrário, impõe-se a obrigatoriedade de que justifique o motivo de estar deixando de acatar as razões apontadas na prova técnica.

O último dos meios de prova abordado na nova legislação é a “inspeção judicial”, reconhecidamente de pouca utilização prática tendo em vista o número mais do que crescente de demandas judiciais em andamento, talvez tendo sido por tal motivo que a constituição da seção em que debatida (arts. 489/492 (TEIXEIRA, 2010)) tenha sido mantida quase que integralmente igual àquela que já se tem no texto ainda em vigência (arts. 440/443, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011, p. 449)).

De todo o exposto, e em resposta ao que indagado no tema do presente capítulo, entendemos que as novas proposições legislativas tendem a manter a espinha dorsal da atividade probatória na grande maioria de suas características, daí porque impõe-se que se aguarde pelo resultado prático da alteração mais sensível de todas, muito se esperando da concretização da idéia do “dever de consulta” imposta ao órgão jurisdicional para que não delibere com lastro em questão sobre a qual as partes não tiveram oportunidade de manifestação.

Esperamos que este propósito, concebendo a prova como instituto estruturador do procedimento e elemento vinculativo da motivação decisória, seja efetivamente alcançado e contribua sobremaneira, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, para que não mais se entenda que o sistema probatório deve ser direcionado, única e exclusivamente, para a formação da livre convicção do juiz.

É preciso compreender, utilizando-se de argumento popperiano, que nossas linhas se calcam na possibilidade da não-aceitação e, portanto, de crítica do que está sendo proposto, refutando os argumentos propostos, ainda que o façamos,

neste capítulo, com a (boa) expectativa de êxito prático futuro, pois trata-se de condição indispensável ao progresso do conhecimento.

Numa sociedade democrática, deve prevalecer o espaço para a liberdade da crítica racional, pois, segundo Karl Popper (1987, p. 217), “se quisermos permanecer humanos, então só existe um caminho, o caminho para a sociedade aberta”, aquela que se pauta nos ideais democráticos que considere, no particular, a prova como fator de valoração e de valorização da argumentação jurídica construída ao longo do trâmite procedimental, sempre em obediência à linha principiológica.

8 CONCLUSÕES

O trabalho empreendido para a consecução da presente pesquisa teve, como principal entrave, o fato de existir pouca referência bibliográfica, específica, que abordasse, no contexto democrático, o tema da prova como direito fundamental (e a necessidade de obediência irrestrita à possibilidade de sua ampla produção, sem limitações a serem impostas pelo órgão judicial) e como elemento indissociável da legitimação do (racional) provimento final.

Porquanto considerável parte da doutrina ainda opte pelo mais do que falível discurso que contempla o direito fundamental à prova nas idéias preconizadas pelo Estado Social (e que colocam o juiz como protagonista máximo e inatingível), visualizando esse mesmo direito com a possibilidade de que possa sofrer limitação incondicional por parte do órgão julgador (verdadeiro cerceamento de defesa), indiscutível se mostra que outros são os tempos em que vivemos e que não se pode, diante da análise histórica que se realizou acerca do conceito e da função da prova, apartá-lo da motivação do provimento e, conseqüentemente, da sua legitimidade.

A investigação em perspectiva histórica, perpassando a enorme influência do Processo Civil romano no campo probatório (*legis actiones, per formula, cognitio extraordinaria*), possibilitou o reconhecimento de 3 (três) modelos (*experimentum, ratio e argumentum*) que demonstraram, ao longo da história, a razão de ser da prova como elemento de convicção do responsável pelo julgamento, modelos que foram exemplarmente apresentados pelo jus-filósofo italiano Alessandro Giuliani.

A prova como *argumentum*, em nosso entender, é o modelo que melhor explica a prova cível no contexto atual, retomado na realidade contemporânea, pois há a possibilidade, concreta, do exercício de influência na atividade de formação do provimento. Representa evolução às proposições da *ratio* e da *experimentum*, valorizando a retórica como instrumento que possa retratar a verdade, mesmo porque apoiada na reconstrução da realidade histórica em consonância com a valoração probatória.

Infere-se, através de sua aplicação, a possibilidade de estabelecimento da repartição das atribuições dos sujeitos do processo de forma a garantir a total imparcialidade do juiz e o respeito maior à obediência da garantia do contraditório,

propiciando o debate processual com a interferência e permanente atuação daqueles mesmos sujeitos no processo da construção do provimento.

Neste contexto, inegável que a teoria geral da prova, com os olhos voltados para o Processo Civil contemporâneo, e há algum tempo, necessita de uma (re)construção que tenha suporte numa melhor estruturação da técnica cognitiva (mesmo porque encontra-se diretamente relacionada à atividade probatória e seus institutos correlatos) que compreenda a necessidade inquestionável de participação das partes na formação e na legitimidade do provimento final (argumentação racional vinculando a atividade cognitiva).

A pavimentação do caminho cognitivo, tecnicamente falando, deve se dar de forma a permitir que todos os envolvidos participem, de forma isonômica e em obediência aos princípios inerentes, na formação da decisão final, num constante exercício dialético, afastando-se, definitivamente, a ainda persistente ideia de autoritarismo e de protagonismo judicial.

Diante de tal contexto, da necessidade de resgate do papel da técnica processual, até mesmo como lastro da democratização processual, a adoção do princípio do “livre convencimento motivado” pelo legislador pátrio (como forma de retorno à racionalidade, pois tinha a intenção de descaracterizar a formalidade na apreciação do conjunto probatório) não faz parte do Direito Democrático, pois não se concebe que o órgão judicial traga consigo aspectos de convencimento meramente subjetivos e baseados em ideologias próprias.

Há limitações que devem ser imperiosamente respeitadas, dentre elas a vinculação ao exame do que tiver sido sustentado pelas partes nos autos (as afirmações sobre os fatos); a que impõe a impossibilidade de o juiz se utilizar de conhecimento obtido fora dos autos para sustentar suas convicções; aquela que delimita os meios de prova em rol taxativo; a que impõe a racionalidade da análise dos elementos de prova; a obrigatoriedade de motivação dos provimentos.

Deve o órgão judicial, portanto, em exercício de racionalidade lógica, insistir-se, perfilhar a identificação do elemento de prova constante dos autos (valoração) e o reconhecimento da importância do elemento preponderante para aquilo que buscam as partes (valorização), a fim de sustentar o ato decisório em motivação legitimada, em bases de probabilidade, diante da inexistência de verdade absoluta.

Diante das situações que serão transportadas aos autos pelos sujeitos processuais, tarefa de suma relevância a ser desempenhada pelo órgão judicial

consiste na possibilidade de ser proferida decisão favorável, até mesmo, à parte que não cumpriu seu encargo probatório, a despeito do disposto na legislação processual civil vigente (art. 333 (BRASIL, 2011, p. 442)), levando-se em consideração, na dialética processual, o acervo de provas na sua integralidade.

Dentro do contexto do ônus probatório, é inegável, também, a assunção de relevância que auferiu a teoria da carga dinâmica da prova no direito processual civil contemporâneo, cujas características encontram-se presentes, inclusive, no PL 8.046/2010, instituidor do novo Código de Processo Civil.

A dinamização tem o condão de ajustar o exercício do direito fundamental à prova, caso uma das partes apresente melhores condições para tanto, impedindo-se, com isso, a prevalência de um tratamento diferenciado a um ou outro sujeito processual.

Será suficiente, portanto, a determinação de que aquele que tenha melhores condições de apresentar provas em juízo assim o faça, abstraindo a tradicional divisão do *onus probandi* e possibilitando que o encargo probatório assuma feição muito mais amoldado ao processo democrático.

O Superior Tribunal de Justiça proclamou entendimento recente, e do qual partilhamos, no sentido de que a técnica de dinamização do ônus probatório deve se dar, preferencialmente, até o momento processual em que proferido o despacho saneador ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade (EREsp nº 422.778/SP, julgado em 29.2.2012), situação que bem se amolda à perspectiva democrática de obediência aos princípios constitucionais.

Acerca do novo texto processual civil cuja redação se pretende ver aprovada (PL 8.046/2010), resta mantida, até o momento da conclusão das nossas pesquisas, a espinha dorsal do capítulo inerente à prova, tendo havido, porém, algumas alterações que, acaso implementadas, devem ser objeto de realce.

Todavia, é fato que eventuais benefícios/prejuízos somente poderão ser melhor aquilatados após a efetiva aplicabilidade prática do novo ordenamento, não podendo ser desconsiderado que o novel conteúdo se apresenta permeado de alguns bons argumentos e propósitos compatíveis com a idéia do “processo na construção do Estado Democrático de Direito” (como a questão principiológica de início inserida no texto e a concretização do “dever de consulta”, manifestação do contraditório substancial, imposto ao órgão jurisdicional para que não profira

qualquer provimento com base em questão a respeito da qual as partes não tiveram oportunidade de manifestação).

Diante do que acima se expôs, restou mais do que patenteado ser na incidência das garantias principiológicas constitucionais que o processo se define e se estrutura, atuando como mecanismo legal de controle da atividade do órgão jurisdicional. Não há, portanto, lugar para o raciocínio de que seria um instrumento de controle, pelo juiz, para que sejam atingidos escopos metajurídicos de pacificação social.

As funções jurisdicionais somente são democraticamente exercidas com estrita vinculação aos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório, isonomia de partes, acesso ao direito e fundamentação das decisões estatais, tudo de forma compartilhada e em simétrica paridade.

Neste pormenor, é sabido que a trajetória do texto constitucional, desde sua promulgação, vem sendo delineada muito mais por pontos positivos do que negativos, principalmente no que diz respeito aos inúmeros desafios que enfrentou (e ainda enfrenta), até porque, é fato, constituiu-se, apropriando de expressão bastante utilizada, em evidente mudança de paradigma no cenário jurídico nacional.

Houve, por óbvio, um enorme salto qualitativo proporcionado pelo modelo de Estado constitucional então instituído, conquista democrática da história brasileira.

Todavia, não é de hoje que se observa certo comodismo da comunidade jurídica no sentido de insistir quanto ao descumprimento das normas oriundas daquele texto maior, situação que somente incrementa o enfraquecimento dos ideais democráticos.

Olvidam-se, portanto, das conquistas históricas e relegam-se ao plano secundário a base principiológica de interpretação e de aplicação da lei.

Direitos fundamentais (notadamente o direito à prova) são desrespeitados e não se confere importância ao papel desempenhado pela Constituição Federal para a constitucionalização do processo, urgindo, portanto, a construção de uma nova ordem que esteja assentada, acima de tudo, no acatamento irrestrito da principiológica constitucional democrática.

A teoria da prova, numa perspectiva democrática, e diferentemente do que preceitua o texto processual civil em vigência (racional e historicamente ultrapassado), demanda um equilíbrio técnico-jurídico que somente se aperfeiçoa pelo devido processo constitucional.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrado desde a Constituição Federal de 1.988, representa uma total desvinculação à interpretação normativa que se impunha quando da prevalência do Estado Liberal e do Estado Social. Assim, por mais que se possa afirmar que algumas características daqueles tempos ainda remanesçam, fato é que não se pode pensar e interpretar o Direito com os olhos voltados para um passado nitidamente contextualizado pela autoridade, pela força do “império” da lei formulada em desacordo com o Devido Processo Legislativo.

O direito à prova, erigido à condição de direito fundamental no texto constitucional brasileiro, ainda se apresenta como reflexo do referido pensamento liberal (quando muito do Estado Social), pois parte da doutrina ainda se encontra atrelada às interpretações equivocadas do passado, não sendo reconhecido, portanto, como forma de legitimação da própria atuação estatal.

Alguma renitente doutrina, portanto, ainda comunga de tão retrógradas idéias, vez que preferem deixar de lado a exigência emanada do próprio texto constitucional no sentido de haver, sempre, a participação e a fiscalização incessantes dos destinatários dos provimentos jurisdicionais (coautores, literalmente), justamente aqueles que mais serão afetados pelo exercício processual da função jurisdicional, e desrespeitam as garantias constitucionais (conquistadas historicamente a duras penas), impedindo que se solidifique a mudança paradigmática instaurada a partir da democracia pós-constituição brasileira de 1988.

Pensa-se que não há argumento maior a sustentar a idéia de democracia dentro de um Estado Constitucional do que a necessidade de legitimação do próprio poder exercido, o que, por certo, implica na legitimidade dos direitos fundamentais então reconhecidos. E mais, implica na legitimidade dos provimentos emanados dos órgãos estatais, daqueles mesmos direitos fundamentais e dos princípios processuais constitucionalizados.

De resto, não há como dissociar o direito fundamental à prova do direito fundamental da ampla defesa e do contraditório, pois se faz necessário projetar-se a operacionalidade prática da argumentação dos sujeitos processuais – o cidadão que alude a Constituição Brasileira no inciso III, do artigo 1º (BRASIL, 2011, p. 9) - em sede de solvência de litígios posta à discussão processualizada perante os órgãos da jurisdição.

O estudo do contraditório, entendido como fundamental garantia do cidadão, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, se revela como de extrema utilidade e funcionalidade, posto que toda estrutura procedimental, por consequência lógica, deve ser constitucionalmente moldada. Em assim sendo, é possível conceber que a *ratio* do contraditório reside, justamente, na participação mais do que ativa de todos aqueles que buscam a atuação jurisdicional, desde a elaboração de um simples ato administrativo até que se chegue aos respectivos provimentos.

O direito fundamental à prova, encartado no contexto do processo devido, é que concretiza a participação e a fiscalização incessantes de todos os sujeitos do processo da vivência democrática, legitimando, assim, os atos decisórios.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito – Evolução das leis, fatos e pensamentos**. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2012.

ALMEIDA, Andréa Alves de. Estudos continuados de teoria do processo, volume IV. **A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático**. Porto Alegre: Síntese. 2004.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova judiciária no cível e comercial**. V. 1. São Paulo: Saraiva. 1983.

_____. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. V. 2. 26ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1987.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum. 2006.

_____. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva. 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Doutrinas essenciais – Processo Civil**. Org. Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

_____. Provas atípicas. In: **Doutrinas essenciais – Processo Civil**. Org. Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Juspodivm. 2006.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*. V. 261, jan/mar. 1978.

_____. **As presunções e a prova. Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva. 1977.

_____. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual** (segunda série). São Paulo: Saraiva. 1980.

BARROS, Flaviane de Magalhães. In: **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. 2003.

_____. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

_____. BARROS, Flaviane de Magalhães e MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Produção antecipada de provas no Processo Penal: uma análise da

reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, a discussão a respeito das garantias do acusado versus eficiência da investigação. **Anais do XV Congresso da Pós-graduação em Direito – CONPEDI**. Manaus. 2006.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. E. Dumont (org.) Manuel Ossorio Florit (trad..). V. 1. Buenos Aires: Valletta Ediciones Juridicas Europa-America. 1971.

BRASIL. Vade Mecum (2011). 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

BRASIL. Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=12170>>. Acesso: 01 de mai. 2012.

BRASIL. Decreto nº 678, de 24 de outubro de 1996. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Diário Oficial da União, Brasília, 25 out. 1996.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jun. 2008.

BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Diário Oficial da União, Brasília, 23 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. FATO NOTÓRIO. PROVA. GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Rel. Min. Victor Nunes. Brasília. RExtr. 45.380/AL. 2ª Turma. Data do julgamento: 20.6.1961.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. HC 78.749/MT. Data do julgamento: 25.5.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Inq. 2774/MG. Data do julgamento: 28.4.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. RHC 106.398/SP. Data do julgamento: 4.10.2011. Data da publicação: 2.4.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS, GERADA PELA REVELIA (CPC, ART. 319), É RELATIVA E, NO CASO, FOI AFASTADA PELOS ELEMENTOS DE PROVA EXISTENTES NOS AUTOS. (...). Rel. Min. Denise Arruda. AgRg no Ag 776511/RS. Data do julgamento: 30.4.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A PRESUNÇÃO DA VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR É RELATIVA. O ALCANCE DO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER MITIGADO, PORQUANTO A

REVELIA NÃO INDUZ OBRIGATORIAMENTE À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL, QUE DEPENDERÁ DO EXAME PELO MAGISTRADO DE TODAS AS EVIDÊNCIAS E PROVAS DOS AUTOS. PRECEDENTES. Rel. Min. Castro Meira. REsp 689331/AL. Data do julgamento: 13.3.2006).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 10128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22/2/2010, MS 13.986/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/2/2010, MS 13.501/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 09/2/2009, MS 12.536/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008, MS 10.292/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 11/10/2007, MS 15.823/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18/8/11.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. HC 170.379/PR. Data do julgamento: 13.12.2011, Data da publicação: 1.2.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. HC 180.194/SP. Data do julgamento: 28.6.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. REsp nº 203.225/MG. Data do julgamento: 2.4.2002. Rel: Ministro Castro Filho. REsp nº 422.788/SP. Data do julgamento: 19.6.2007.

CALAMANDREI, Piero. **Il giudice e lo storico**. Rivista de Diritto Processuale Civile, nº 16. 1939.

_____. **Direito Processual Civil**. V. 1 e 3. [Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery]. Campinas: Bookseller. 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. III. São Paulo: Forense. 1975.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

_____. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Almedina. 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. 2ª edição. Roma: Edizioni Dell'atteneo. 1947.

_____. **A prova civil**. 2ª edição. Campinas: Bookseller. 2002.

_____. **Sistema di diritto processuale civile**. V.1, nº 282. Padova. 1936.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. 1ª edição. V. 2. São Paulo: Classicbook. 2000.

CARRATA, Antonio. **Funzione dimostrativa dela prova (verità del fato nel processo e sistema probatorio)**. Rivista di Diritto Processuale, n. 56. 2001.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Legitimidade dos provimentos**. Curitiba: Juruá. 2009.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. Porto e Braga: Ernesto Chardron Editor. 1880.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001.

_____. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada ao mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**: constitucionalismo e democracia e uma reconstrução das fontes do direito moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1/3. Campinas: Bookseller. 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Nº 17. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma. 1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

_____. **Direito Romano moderno**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

_____. **Processo constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. Salvador: Juspodivm. 2011.

_____. DIDIER Jr. Fredie. **Objeto da cognição judicial**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. V. 373, maio/junho 2004.

_____. DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil português**. Coimbra: Coimbra Editores. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. T. I. Bogotá: Themis. 2002.

_____. **Teoría general de la prueba judicial**. V. 1. Buenos Aires: Victor P. Zavallia. 1988.

ENGELMANN, Arthur. The Romano-Canonical Procedure. *In*: ENGELMANN, Arthur et alii. **A History of Continental Civil Procedure**. New York: Augustus M. Kelley Publishers. 1969.

_____. Modern Continental Procedure – Germany and Austria. *In*: ENGELMANN, Arthur et alii. **A History of Continental Civil Procedure**. New York: Augustus M. Kelley Publishers. 1969.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho – Estudos em homenagem ao prof. Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr. 1991.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano. **Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidade**. Rosario: Juris. 2005.

GIANESINI, Rita. **Da revelia no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977.

GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *In*: **Enciclopedia del Diritto**, v. 27. Milano: Giuffrè. 1988.

_____. **Il concetto di prova (contributo ala logica giuridica)**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1961.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide. 1992.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Sobre a formação racional da convicção judicial**. Revista Julgar. Coimbra: Portugal. Nº 13. Jan/abr. 2011.

ITÁLIA. Codice civile Italiano. Disponível em: <<http://www.rcscuola.it/disciplina/ccivile.pdf>> Acesso em: 17.6.2011.

JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano – I – Parte Geral**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

KLIPPEL, Rodrigo. O juiz e o ônus da prova no projeto de novo Código de Processo Civil. **O projeto do novo Código de Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha**. Salvador: Juspodivm. 2011.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.

_____. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – Primeiros estudos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

_____. **Teoria geral do processo – Primeiros estudos**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

LEBRE DE FREITAS, José. **A confissão no direito probatório**. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.

_____. **Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, volume I. 3ª edição. Milano: Giuffrè. 1973.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. [Tradução: Cândido Rangel Dinamarco]. V. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad. 2000.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2ª edição, tomo III, nº 240. Rio de Janeiro: Forense. 1959.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 1, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**. Curitiba: Juruá. 2008.

MANNARINO, Nicola. **Le massime d'esperienza nel giuidizio penale e il loro controllo in Cassazione**. Padova: CEDAM. 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. V.II. São Paulo: Saraiva. 1974.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet**. Curitiba: Juruá. 2005.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MENDES, João de Castro Mendes, **Do conceito de prova em Processo Civil**. Lisboa: Universidade de Lisboa. 1961.

MICHELI, Gian Antônio. **L'onere dela prova**. 2ª edição. Padova: Cedam. 1966.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2008.

_____. **O princípio do contraditório**: uma garantia de influência e de não surpresa in “Constituição, Direito e Processo” Cord. Fernando Horta Tavares – Curitiba: Juruá. 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no Processo Civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009.

OTERO PARGA, Milagros. Sobre motivación, fundamentación, justificación y explicación de las sentencias judiciales. In: **Ars Iudicandi**: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. V. I: Filosofia, Teoria e Metodologia. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2008.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PAIS DO AMARAL, Jorge Augusto. **Direito Processual Civil**. 10ª edição. Lisboa: Almedina. 2011.

PALAIA, Nelson. **Fato notório**. São Paulo: Saraiva. 1997.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Manole. 2002.

_____. **Teoria Geral do Processo**. Leme: LED-Editora de Direito. 1999.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inés (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni. 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 4 e 6. 1997.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense. 1974.

POPPER, Karl. **O racionalismo crítico na política**. 2ª edição. Brasília: UnB. 1994.

_____. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 3ª edição. Tomo 1, volume 2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1987.

_____. **O mito do contexto:** em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70. 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil** (2011). Código de Processo Civil. 22ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Código civil** (2011). Código civil. 17ª ed. Lisboa: Quid Juris. 2011.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no Processo Civil.** 2ª edição. Lisboa: Almedina. 2002.

REGO, Carlos Lopes. **Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ônus e cominações e o regime da citação em Processo Civil.** Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.

REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

RICCI, Gian Franco. **Principi di diritto processuale generale.** Torino: G. Giappichelli, 1995.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório:** as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. A informatização do Judiciário e processo judicial eletrônico. Coords. BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana. **Manual de Direito Eletrônico e Internet.** São Paulo: Ed. Aduaneiras. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Contrafação de marca conhecida e análise dos meios de repressão à concorrência desleal. Interpretação da função social da propriedade industrial [artigos 5º, XXIX e 170, da CF, 2º e 207, da Lei 9279/96, 10 bis da Convenção da União de Paris e 334, I e 461, § 5º, do CPC] - Não provimento. Ap. nº 605.855-4/7. Rel. Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo. Data do julgamento: 11.12.2008.

SILVA, Clóvis do Couto e. **Direito material e processual em tema de prova.** Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 251, p. 01-548, jul-set, 1975.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico.** V. IV. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2ª edição. Lisboa: Lex. 1997.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo e SAMPAIO, José Adércio Leite (org). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Controle de princípios constitucionais**. 2ª edição. São Paulo: RT. 2002.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra. 1973.

TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. Revista de Processo, v. 91. 1998.

TARUFFO, Michele. **La prueba – Artículos y Conferencias**. Santiago de Chile: Metropolitana. 2009.

_____. **Modelli di prova e di procedimento probatorio**. Rivista di Diritto Processuale. Padova, ano XLV, nº 2, abr/jun. 1990.

_____. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 5.3.2001 – [Tradução: Cândido Rangel Dinamarco].

_____. **Elementi per un’analisi del giudizio di fatto**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 49. 1995.

_____. La prova dei fatti giuridici. *In*: **Trattato di diritti civile e commerciale**. T. 2, v. 3. Milano: Giuffrè. 1992.

_____. **Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta (org.). **Urgências de tutela – Processo Cautelar e Tutela Antecipada – Reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá. 2007.

_____. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ. 2009.

_____. TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático**. Revista de Processo nº 195, maio/2011.

TEIXEIRA, Paulo. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 8046, de 2010**. Revoga a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 30 jan. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, volume 14. Porto Alegre: Síntese. 2001.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I, 49ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

_____. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

_____. **Da contumácia no processo civil brasileiro**. São Paulo: Bushatsky. 1964.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)**. [Tradução: Tomás Banzhaf]. Bogotá: Editorial Temis Librebría. 1985.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. São Paulo: Saraiva. 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O processo constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.