

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Faculdade Mineira de Direito

O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ADRIANO LÚCIO DOS SANTOS

BELO HORIZONTE

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Faculdade Mineira de Direito

O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ADRIANO LÚCIO DOS SANTOS

BELO HORIZONTE

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Faculdade Mineira de Direito

O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da  
Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade  
Católica de Minas Gerais, área de concentração  
Direito Processual.  
Orientador: Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

BELO HORIZONTE

2007

FICHA CATALOGRÁFICA  
Elaborada pela Biblioteca da  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S237i Santos, Adriano Lúcio dos.  
O instituto jurídico da prova no Estado democrático de direito / Adriano  
Lúcio dos Santos. Belo Horizonte, 2007.  
116f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito  
Bibliografia.

1. Prova (Direito). 2. Processo civil. 3. Direito processual. 4. Estado de  
direito. 5. Devido processo legal. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II.  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação  
em Direito. III. Título.

CDU: 347.94

**Adriano Lúcio dos Santos**

**O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, área de concentração Direito Processual. Belo Horizonte, 2007.*

---

Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – Orientador - PUC Minas

---

Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Viera

---

Prof. Dr. Carlos Augusto de Araújo Cateb

Que o silêncio sempre fale por nós e pela  
humanidade.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus pela prova de sua existência: a linguagem.

Aos pais eternos mestres, Alvim Alves dos Santos (in memoriam) e Vera Lúcia Caldeira Santos, pelas primeiras lições.

Aos mestres , Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Professor Doutor José Marques Rodrigues Vieira e Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, Professor Doutor Fernando Horta Tavares e Professor Doutor Márcio Antônio de Paiva por terem mudado meu pensamento e meu espírito científico.

Aos amigos para que compareçam ao encontro marcado, por partilharem das lágrimas e dos aplausos.

Aos estudantes para que sempre alcancem seus objetivos.

“A verdade das minhas afirmações é a prova da minha compreensão dessas afirmações”.

*Ludwig Wittgenstein*

“A liberdade como transcendência não é, contudo, apenas uma ‘espécie’ particular de fundamento, mas a *origem do fundamento em geral. Liberdade para o fundamento.*”

*Martin Heidegger*



## RESUMO

### O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O angustiante problema da prova desafia a inteligência jurídica, por constituir um dos pontos mais difíceis de entendimento no processo. O devido processo constitucional como instituição jurídica referencial de garantia cria espaço de discussão e realização estruturante do direito à prova nos Estados constitucionalmente democráticos. Os avanços na Lingüística, na Técnica e Ciência apontam novas perspectivas de análise da prova e do sistema jurídico: de um lado, apontam modelos e, de outro, produzem um repensar do papel do professor de Direito, juiz, advogado e cidadão.

Não obstante, não é possível dizer que a extensão das várias esferas de entendimento sobre a prova são homogêneas. Esta situação revela um importante componente da prova na qual o Direito age, na sua dinâmica, e tem significativos efeitos na comunicação da realidade em nosso ordenamento jurídico. A prova, no sentido da técnica processual e da ciência processual, não é sinônimo de verdade e de certeza. A prova é direito democrático e direito fundamental, direito líquido e certo já garantido pelo legislador constituinte, sua problemática se apresenta como rico material hermenêutico.

**Palavras-chave:** prova, processo, procedimento, lei, democracia, técnica, ciência, teoria, crítica, jurisdição, cognição, Estado, princípios, sistema, Estado Democrático de Direito, devido processo legal.

## ABSTRACT

### THE LEGAL INSTITUTE OF THE PROOF IN THE RIGHT THE DEMOCRATIC STATE

The overwhelming problem of the proof defies legal intelligence, for constituting one of the most difficult points of agreement in the process. The due constitutional process as the referential legal institution of guarantee create space for discussion and structuralizing accomplishment of the right of proof in the democratic States constitutionally. The evolution in the language and the technique and science points to new analyses perspectives of the law system: by one side indicates models and, by the other, produces a rethink of the professor of law, judge, lawyers and citizen.

Nevertheless it is not possible to say that the extension of this various spheres about the proof of understanding is homogeneous. This situation reveals an important component of the proof in which the law acts in its dynamics and has significant effects on the communication of its reality in our legal system. The proof in the process technique and process science are not synonymous this truth and this certainty. The proof is democracy right and right basic right, the liquid and certain rights already guaranteed by the constituent legislator its problematic presents as rich hermeneutic material.

**Key words:** proof, process, procedure, statute, democracy, technique, science, theory, criticize, jurisdiction, cognition, state, principle, system, Democratic State Of Law, due process of law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>Capítulo I – PRINCÍPIOS E PROVA</b> .....	<b>12</b>
1.1 Princípios como normas.....	12
1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à prova.....	17
1.3 Princípios processuais aplicáveis à prova .....	28
1.4 A prova na teoria constitucional do processo.....	31
<b>CAPÍTULO II – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROVA</b> .....	<b>41</b>
2.1 Evolução do Estado.....	41
2.2 Estado Democrático de Direito.....	52
2.3 A prova como instituto jurídico .....	62
2.4 A prova na teoria do processo contemporâneo .....	72
<b>CAPÍTULO III – VALORAÇÃO E VALORIZAÇÃO DA PROVA</b> .....	<b>76</b>
3.1 Instrumentos e formas de prova.....	76
3.2 Proposição e produção .....	80
3.3 O ônus da prova.....	93
3.4 Valoração e valorização da prova no procedimento.....	96
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>106</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa científica sobre o instituto jurídico da prova constitui um permanente desafio. A prova é um tema complexo e enciclopédico, em virtude de apresentar em suas interfaces pontos e questões não investigados pela ciência processual, no marco teórico do Estado Democrático de Direito.

A busca da verdade pela prova produzida na estrutura normativa do procedimento é incompatível com a ciência processual contemporânea. Compreende-se ser mítica assertiva de que a prova revela a verdade, como se fosse um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato vice-versa<sup>1</sup>.

Elucida-se a finalidade da prova como a fixação dos fatos<sup>2</sup>, pois o que interessa são os efeitos que possam gerar. Os fatos segundo os efeitos jurídicos que podem produzir, possibilitam a classificação em fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos.

Os debates e estudos sobre o instituto jurídico da prova não se circunscrevem à área acadêmica. A direito à prova deve ser problematizado não apenas no processo jurisdicional, mas a partir do processo legislativo, matriz de elaboração da norma, na perspectiva constitucional e democrática.

O devido acesso à justiça, compreendido como acesso à jurisdição, só se efetiva com o acesso à prova. A prova é instituto jurídico necessário à realização do direito e da democracia.

A linha de pesquisa do presente trabalho científico apresenta divisão em três capítulos. Em cada capítulo busca-se problematizar e esclarecer pontos e questões de alta indagação técnica e científica sobre a aplicabilidade do instituto jurídico da prova.

No primeiro capítulo, dissertamos sobre a relação entre os princípios e a prova, demonstrando que o direito à prova deve ser compreendido como princípio, como direito fundamental e como direito democrático. A prova na técnica e na teoria do processo contemporâneo deve ter como eixo epistemológico o devido processo constitucional.

Esclarece-se ainda no capítulo inicial, que o princípio compreende uma lógica, uma metodologia e uma epistemologia para organização e interpretação da realidade. Os princípios da técnica processual e da ciência processual devem construir-se e convergir-se para a

---

<sup>1</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In FIÚZA, César Augusto de Castro SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. (coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.351.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamona y Niceto. Buenos Aires: Depalma, 1982, p.44-45

realidade, afinal só se faz autêntica técnica e ciência, mantendo uma interação permanente da pesquisa com a realidade.

No capítulo intermediário, demonstra-se a evolução do Estado e o surgimento do Estado Democrático do Direito. Disserta-se sobre o instituto jurídico da prova, não como um mero instrumento da jurisdição, mas como direito fundamental e eixo sistêmico da atividade jurisdicional, verifica-se sua inserção e alcance, na teoria do processo contemporâneo.

No capítulo final, problematiza-se e critica-se pela dissertação o papel exercido pelo juiz na gestão exclusiva da prova e o ativismo judicial, ora expresso na prática dos poderes instrutórios. Demonstra-se o papel preponderante do advogado, do defensor público e do representante do Ministério Público, ao fiscalizar e controlar a atividade do juiz participando da gestão da prova, de forma ampla, geral e irrestrita, em todas as fases na estruturação do procedimento.

É passo vital para técnica processual de produção de prova esclarecer e desfazer a ambigüidade entre valoração e valorização da prova. Critica-se a conduta do juiz que ignora a prova produzida nos autos, no momento de proferir decisões.

Em nosso sistema jurídico é inadmissível o tarifamento de prova ou a prova tarifária. O Estado Democrático de Direito e o devido processo constitucional são incompatíveis com o sistema de prova legal, que venha a distorcer o instituto jurídico da prova.

O ônus da prova é pressuposto para cognição e o ato de decidir. Um erro decisório ou os incidentes processuais disseminados no curso do processo são derivados da mentira de uma testemunha, da falsidade de uma perícia e da impossibilidade objetiva de fornecer prova.<sup>3</sup>

Cumprido ao processualista aprofundar conhecimentos, compreendendo que, a prova da afirmação envolvendo a existência de um fato, efetiva-se mediante o conhecimento do fato. Portanto, o conhecimento não é a prova, porém dá a prova da afirmação.<sup>4</sup>

A prova é fundamento para as teorias do processo contemporâneo por reforçar a distinção entre processo e procedimento e conferir legitimidade ao processo constitucional. O direito probatório deve ser trabalhado, no decorrer de toda procedimentalidade, aplicando-se o ordenamento jurídico, composto por normas jurídicas ( princípios e regras).

Almeja-se compreender os fundamentos, os limites e as possibilidades do instituto jurídico da prova na evolução do sistema jurídico. O instituto jurídico da prova abre espaço para novas pesquisas científicas por ostentar sempre um caráter pedagógico e iniciático.

---

<sup>3</sup> CORDERO, Franco. *Il giudizio d'onore*. Milano : Giuffrè, 1959. p. 76.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Parte generale. Il concetto giuridico della prova, Milão: giuffrè, 1992, p. 44.

## CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS E PROVA

### 1.1 Os princípios como normas processuais

O princípio é norma jurídica processual que estrutura e efetiva os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo a conexão entre o sistema jurídico e a realidade de espaço e de tempo do procedimento e do processo. O complexo ou conjunto de princípios caracteriza e operacionaliza um instituto jurídico<sup>5</sup>.

Os institutos jurídicos formam teorias para esclarecer e aprimorar o conhecimento científico pelo processo. O ordenamento jurídico-sistema jurídico-é composto por normas jurídicas (princípios e regras) localizadas, em grande parte, no texto constitucional.

O sentido lógico de princípio representa o fundamento e o limite para o pensamento, evita a regressão do raciocínio ao infinito<sup>6</sup>; ou a digressão do pensamento ao infinito. Aroldo Plínio Gonçalves disserta sobre princípios incorporados às normas constitucionais esclarecendo sobre a finalidade, sobretudo quanto ao exercício do poder

Os preceitos constitucionais, que se apresentam como princípios jurídicos, balizam o sistema normativo, impedem a sua projeção, através de normas que com ele possam ser incompatíveis, em direção contrária aos fundamentos do sistema, e limitam a atuação do poder, pois no Estado fundado sobre o Direito, o poder se exerce nos “limites” determinados pela lei.

O ordenamento jurídico processual brasileiro encontra-se constitucionalizado, por conseguinte revela a magnitude e alcance dos princípios, tratados enquanto normas processuais constitucionais. A força e a capacidade dos princípios se faz compreender e desenvolver pela técnica de produção de prova, no procedimento, e pela proposição teorizada da prova, no processo.

---

<sup>5</sup> Depreendemos a evolução do conceito de princípios vinculados a normas a partir do pensamento de pesquisadores jurídicos “princípios são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico” LARENZ, Karl. *Derecho justo-Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luiz Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p.14. “assegura-se aos princípios a condição de autêntica forma de expressão do direito normativo” LIMONGI FRANÇA, R. *Princípios gerais de direito*. São Paulo :RT, 1971.,13-14.

<sup>6</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001, p.54.

Os princípios constitucionais buscam superar o paradoxo existente entre o paradigma constitucional e o paradigma infraconstitucional, em nosso ordenamento jurídico, ensejando portanto, um incessante e intenso controle de constitucionalidade, iniciado no processo legislativo, mediante apurada técnica de produção de prova empregada pelas comissões por onde tramita o projeto de lei. Aroldo Plínio Gonçalves posiciona a delimitação e projeção da eficácia dos princípios, na dimensão do sistema jurídico.

Os princípios constitucionais, mesmo quando tidos como não auto-aplicáveis, já possuem eficácia intrínseca porque obstando a criação de normas jurídicas infraconstitucionais que os contrariam, não permitem possam as leis se projetar além do sistema jurídico, em direção contrária a ele.<sup>7</sup>

Argumenta-se, após tomar como referência o processo constitucional, que recebeu a designação de processo constitucional jurisdicional<sup>8</sup>, a supremacia da Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa fundamental do Estado, vinculando as demais normas que com ela devem se conformar sob pena de inconstitucionalidade. Esta supremacia hierárquica esclarece-se, em Canotilho, através de princípios que preconizam a reserva da Constituição, o alcance de sua força normativa e a vinculação do legislador e da Administração Pública à Constituição<sup>9</sup>.

A vinculação do legislador à Constituição sugere que as leis, como pressuposto de validade e de eficácia, deverão respeitar e orientarem-se pelo devido processo legislativo, constitucionalmente estabelecido. A proibição de leis que tenham por objeto a alteração da

---

<sup>7</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001, p.54.

<sup>8</sup> A expressão veio a ser utilizada por Calmon de Passos, este processualista elucidou o seu conteúdo e extensão, fazendo advertência e crítica quanto a busca desenfreada pela efetividade “ Devido processo constitucional jurisdicional , cumpre esclarecer para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim *um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir* .Exigi-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem ser previamente ouvido e ter o direito de oferecer suas razões), a publicidade (eliminação de todo o procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para permitir a avaliação objetiva e crítica do decisor) e o controle dessa decisão(possibilitando sempre a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiado a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo dos juízes e tribunais ” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*.Rio de Janeiro:Forense, 1999. p.69-70.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*.6.ªed.Coimbra:Almedina, 1995, p.360.

Constituição, exceto quando expressamente prevista tal possibilidade no texto constitucional, também se incorpora a esse princípio<sup>10</sup>.

O Direito é dinâmico, enquanto ciência social aplicada, por conseguinte os princípios jurídicos são dinâmicos e exigem a utilização de critérios objetivos e inteligíveis ( lógicos, claros e precisos) pela Hermenêutica Jurídica e pelo jurista. Não se deve justificar e fundamentar normas e decisões com preponderância da cultura, da tradição, da experiência, da vivência, dos hábitos, dos usos e dos costumes, o que no aspecto processual, resulta na inobservância e na violação de princípios jurídicos.

A norma processual possibilita mobilidade ao ordenamento jurídico, o processo confere dinâmica ao Direito e à Constituição. A estrutura da norma processual não encerra a definição de processo dado a sua amplitude e complexidade: “A norma processual é a que disciplina a jurisdição e seu instrumento de manifestação, o processo, mas a própria extensão do conceito de processo ainda não se esgotou na doutrina.”<sup>11</sup>

Devemos estudar e trabalhar com a conexão entre as regras jurídicas ( normas e princípios) pelo processo para a efetividade de nosso ordenamento jurídico e de nosso sistema de Estado de Direito, na plataforma democrática. O ensino, a pesquisa e a extensão do pensamento processual de vanguarda esclarecem com argúcia e maestria o conteúdo e o significado dos princípios, propiciando a visualização de uma matriz de legitimidade para o sistema jurídico.

Em noção ampla, os princípios de direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de idéias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico. Tomando-se por base esta concepção doutrinária tradicional, pode-se dizer que os princípios jurídicos se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutores do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico e, após inferidas, reportam-se ao próprio sistema jurídico para informá-lo, como se fossem os alicerces de sua estrutura.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> SALOMÃO, Daniela Carla da Costa. *Controle jurisdicional de constitucionalidade na União Européia*. Coordenador Rosemiro Pereira Leal. *Estudos continuados de teoria do processo*. Vol III, Porto Alegre: Síntese, 2003, p.185.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. Rio de Janeiro: Aide. Editora 2001, p.58.

<sup>12</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.119.



O processo deve formar-se e convergir-se aos parâmetros característicos do princípio do Estado Democrático, aperfeiçoando-se a sua construção por um conjunto de outros princípios ou subprincípios que se vinculam, se coordenam e se integram, na elaboração constitucional asseguradora da jurisdição como direito fundamental. Assim, comparecem na gênese constitucional do direito à jurisdição a garantia do processo, neste incluídos os princípios do devido processo legal, o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório, dentre outros.<sup>13</sup>

A hermenêutica principiológica de uma Constituição é capaz de revelar a morfologia e o funcionamento do Estado e do sistema jurídica, contudo esclarece o fundamento e os limites do controle e de fiscalização do poder pelas normas jurídicas (princípios e regras)<sup>14</sup>. A soberania e o modelo de processo estabelecidas por uma Constituição vão delimitar o exercício pelo cidadão e pelo povo dos direitos e das obrigações, de acordo com a ordem jurídica.

Os princípios que determinam as garantias processuais do cidadão são relevantes no contexto constitucional . O conjunto de normas jurídicas fundamentais definidoras de uma ordem jurídico-política , há de permitir que sejam extraídas de seu conteúdo objetivos que fazem a ordenação sistemática e racional da comunidade política, com capacidade de produzir efeitos processuais, disso decorre a função primordial dos princípios jurídicos processuais, destinados para eficácia dos direitos, liberdades e garantias oferecidas aos cidadãos.<sup>15</sup>

As teorias desenvolvidas por Josef Esser sobre a reconstrução da principiologia jurídica, aprimoradas pelas críticas de Hans Kelsen, revistas pelos estudos e trabalhos de Roberty Alexy, lapidou e compilou o entendimento de que a expressão normas jurídicas, em sentido amplo, contém os significados de regras jurídicas ( normas –disposições) e de princípios jurídicos (normas- princípios), disso resulta a afirmativa comum a textos doutrinários, parafraseando a lição de Roberty Alexy, “a distinção entre regras e princípios, é,

---

<sup>13</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à jurisdição In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça* .Belo Horizonte: Saraiva, 1993. p. 38-39.

<sup>14</sup> “O exame da Constituição de um país permite uma série de indagações científicas. Entre tantas, merece mencionar as de ordem jurídica. Elas dão lugar para que o direito positivo seja estudado de modo aprofundado, possibilitando a dimensão de todos os seus ângulos, por permitirem uma análise precisa e objetiva dos elementos de maior significação. Essa tarefa leva a se distinguir os princípios fundamentais que comandam as garantias processuais do cidadão, revelando a sua importância, haja vista que, com frequência, as normas constitucionais, por si só são insuficientes para fazer expandir os seus conceitos com a simples expressão do seu texto” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à jurisdição In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça* .Belo Horizonte: Saraiva, 1993. p. 67

<sup>15</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à jurisdição In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça* .Belo Horizonte: Saraiva, 1993. p. 68

pois, uma distinção entre dois tipos de normas”<sup>16</sup>. Ao colocar em foco de investigação as funções desempenhadas pelos princípios poder-se-ia situá-los como proposições que configuram a revelação, a interpretação, a aplicação e a fundamentação do direito.<sup>17</sup>

Os princípios se inserem no âmbito de criação e de aplicação do direito, tendo um caráter iniciático e uma função propedêutica. A definição técnica processual de princípio, posicionado no plano da justificação e refletido a partir do pensamento de Aristóteles, foi elaborada por Marcelo Campos Galuppo<sup>18</sup>, “como fundamento(formal) normativo dos demais direitos, o seu ponto de partida”.

Deve-se ensinar e laborar os princípios jurídicos corrigindo e complementando a infraconstitucionalidade das normas pela aplicabilidade dos princípios constitucionais. Eduardo Couture<sup>19</sup> estabeleceu ligação entre princípio e nulidade demonstrando a dificuldade da Hermenêutica jurídica em superar dificuldades e sanar problemas no processo.

O direito processual tem, no que se refere às nulidades, a unidade genérica e os princípios específicos que caracterizam o amplo panorama deste fenômeno. Enquanto a unidade genérica é comum a todo o direito, os princípios são variáveis e contingentes. Mudam em seu sentido e em sua técnica, em razão de circunstâncias, de lugar e de tempo.

O processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição<sup>20</sup>. Pelo processo se preservam os direitos e garantias fundamentais do povo e do cidadão e as conquistas científicas da norma, que abriga os princípios.

Correlaciona-se a evolução ou a dinâmica do modelo processual brasileiro à aplicação dos princípios constitucionais<sup>21</sup>. Os princípios constitucionais buscam proporcionar o avanço ao processo e aos direitos e garantias fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>16</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.119-120.

<sup>17</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.121.

<sup>18</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n.º143, p.191-209, jul/set.1999.

<sup>19</sup> COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Processal*. Buenos Aires, Delpalma, 1974, 3.ª ed., p.375.

<sup>20</sup> DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As garantias do cidadão na justiça*. Belo Horizonte: Saraiva, 1993. p. 67.

<sup>21</sup> Observa-se a preocupação com a finalidade do processo a partir do estudo e da pesquisa dos princípios constitucionais “Os princípios constitucionais do processo brasileiro atendem àquele conjunto de garantias que Vitório Denti aponta como necessário à configuração do processo justo e que Barbosa Moreira, em conferência realizada na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em 19/08/1997, denominou de processo civilizado: imparcialidade do juiz, publicidade da audiência, necessidade de motivação das decisões, contraditório, direito à

A pesquisa científica sobre a prova exige a compreensão do conteúdo e do alcance das normas processuais constitucionais. José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>22</sup> conclui com exatidão e clareza: “A problemática da Interpretação Constitucional está ligada, essencialmente, à Ciência Hermenêutica e à Análise Lógica da Linguagem”

Propício realizar a advertência e a crítica quanto a aplicação do suposto princípio da razoabilidade, também tido como princípio da proporcionalidade, que exclui ou suprime as regras jurídicas ( princípios e normas), dentre estas o direito à cognição e o direito à prova. Inexistem normas jurídicas, no ordenamento jurídico brasileiro, que tratem do chamado princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade de modo expresso, especial ou específico não podendo os órgão judicantes exercer atividade ou função legislativa, no Estado Democrático de Direito.

Contrariando o devido processo legislativo, a jurisprudência vem sendo um elemento chave na elaboração do princípio da razoabilidade. Vislumbra-se a aplicação do emprego do termo proporcionalidade, com ressalva, pelos alemães, conjuntamente com o emprego do termo razoabilidade, ensejando a crítica de serem utilizados por sistemas que não possuem normas quanto a nenhum dos termos, ainda que o sentido de ambos esteja presente nas motivações judiciais, tal como verifica-se no STF<sup>23</sup>.

## 1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à prova

A Etiologia dos princípios se faz pelo estudo, pela pesquisa e pelo trabalho com o direito à prova. A leitura e a codificação dos princípios no procedimento possibilita registrar que sua finalidade não se resume em apenas produzir uma decisão ou provimento.

O direito probatório é principiológico, pois organiza, demarca e estabiliza o procedimento. Ao excluir ou desconectar a prova da estrutura técnica e normativa do procedimento, este transformar-se-á em uma “mosaico de alegações” ou num “falatório

---

prova” BEDAQUE, José Roberto dos Santos .*Garantia da amplitude de produção probatória*. Garantias Constitucionais do Processo Civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999, p.158.

<sup>22</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição originária*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG- número especial comemorativo do centenário da revista da faculdade de direito da UFMG, Belo Horizonte, v 34, n.º34, p.62, 1994

<sup>23</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: A razoabilidade como parâmetro constitucional. *Jurisdição constitucionale direitos fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 65.

descontínuo”, prejudicando à ação, à defesa, à jurisdição e o processo, inviabilizando a cognição e desestruturando o sistema jurídico, no Estado Democrático de Direito.

Atualmente, o devido processo legal, integrante do nosso sistema de “*civil law*” não é sinônimo e sintagma perfeito do “*due process of law*”, expressão do qual teve origem, componente do sistema de “*como law*”. A expressão *due process* teve a origem do seu ciclo histórico na Magna *Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra aos barões da Inglaterra, em 1215, noticiada-se como “*law of the land*”, e na Carta da Henrique III (1225), na Grã-Bretanha, não sendo compatível com o paradigma do Estado de Direito, no qual está em construção pelo devido processo legal o nosso Estado Democrático de Direito<sup>24</sup>.

Estabelecendo, na infra-constitucionalidade, a conexão entre os princípios e meios de prova, afastando os abusos e distorções, Moacyr Amaral Santos disserta e teoriza sobre o direito probatório.

Obstante esse despotismo e tirania, os meios de prova devem obedecer a determinados princípios, muitos deles previstos na lei, outros consagrados pela doutrina, quer quanto à sua disponibilidade, quer quanto à sua forma, quer quanto ao seu valor probante, constituindo o que se pode chamar “direito probatório”.<sup>25</sup>

Não obstante a evidência da diversidade de sistemas- *civil law* e *comom law*, o devido processo legal brasileiro sofreu influência e teve inspiração técnica e histórica de duas emendas à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, datada de 1787. A primeira, a de número V, participava dos *bill of writs*; a segunda, a de número XIV<sup>26</sup>, foi

---

<sup>24</sup> É válido esclarecer e diferenciar o significado e o eixo de deslocamento no discurso processual da expressão *due process of law* visando corrigir distorções e descartar erros “Muito se fala do instituto do *devido processo legal* como garantia constitucional, ora em sentido material (*substantive due process of law*), ora em sentido processual (*procedural due process of law*), sem que se explique claramente de qual Lei decorre o *due process*. A faticidade inesclarecida sobre o qual se apóia a expressão *due process*, como herança da Magna *Charta Libertatum* outorgada por João Sem-Terra(1215), e da Carta de Henrique III (1225), na Grã-Bretanha, é que propiciando confusões nefastas na conceituação moderna e pós-moderna do instituto do *devido processo legal*. Na origem histórica dessa expressão (*due process of law*) a concretização do direito pelo “devido processo”(modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (*juízes*) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o ameaçado (acusado) ou lesado em direitos. O pressuposto do exercício e da garantia do *due process of law* era o acusado ou lesado ser homem livre como seus *pares* que viessem a preferir o julgamento, isto é, a paridade definia-se pela condição socioeconômica-política entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual. Aqui, a expressão *devido processo legal* quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelada pelo Rei.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*.6.ª. ed. São Paulo:Thomson-IOB, 2005.p.65.

<sup>25</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*.2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.18.

<sup>26</sup> As referidas emendas devem ser objeto de Hermenêutica Jurídica para esclarecimento e intelecção do devido processo legal e do sistema de provas, reportando a redação do texto constitucional norte americano vislumbramos similitude com a nossa dogmática constitucional : Emenda V- “Nor shall any person (...) be

elaborada de modo específico e particular para os Estados-membros, ocorrendo a sua ratificação em 9 de julho de 1868, havendo repercussão destas no nosso sistema de provas.

O devido processo legal e o sistema de provas, enquanto institutos jurídicos propedêuticos, são observados no campo do processo penal, por intermédio da construção e aplicabilidade dos seguintes princípios, em destaque, tomados como exemplo: a) presunção de inocência, até que sobrevenha condenação definitiva, transitada em julgado, reconhecendo provada a autoria e a materialidade (artigo 5.º; inciso LVII) ; b) vedação de identificação datiloscópica de quem já seja cientificamente identificado (artigo 5.º; inciso LVIII); c) obrigatoriedade que a prisão de qualquer cidadão seja em flagrante delito, de acordo com o ordenamento jurídico (artigo 5.º; inciso LXI); d) exigibilidade de comunicação imediata ao juiz competente e a família do preso; ou à pessoa por ele indicada da prisão e do local onde encontra-se encarcerado (artigo 5.º; inciso LXII); e) garantia do preso ser devidamente informado e esclarecido sobre os seus direitos, sobretudo o direito de permanecer calado ou em silêncio, acrescentado do direito à assistência do advogado e da família (artigo 5.º; inciso LXIV); f) direito do preso à identificação dos agentes públicos responsáveis por sua prisão e pelo seu interrogatório, na etapa ou fase policial- inquérito (artigo 5.º; inciso LXIV); g) obrigatoriedade do magistrado relaxar imediatamente a prisão ilegal (artigo 5.º; inciso LXV); h) direito do cidadão não ser conduzido e mantido na prisão, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 5.º; inciso LXVI) e h) impossibilidade de realização de prisão por dívidas, excetuando-se a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Almejando a prática do processo penal democrático devemos estudar e trabalhar a prova procurando incorporar ao instituto jurídico novas normas jurídicas (princípios e regras) do texto constitucional.

Verificam-se aporias e antinomias; divergências e incompatibilidades entre o sistema de “*civil law*” e o sistema de “*comom law*” quanto ao direito probatório, no processo legislativo as quais dever-se-ia incorporar a produção de provas- projeto de lei, pareceres, alegações, debates orais, iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, aplicando-se os princípios constitucionais. Assim, questiona-se os critérios e os sistemas de prova para a apreciação e

---

deprived of life, liberty, propriety, without due process of law” – nenhuma pessoa será privada de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; Emenda XIV-“Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or propriety, without due process of law”-Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal ( tradução livre)

juízo de pedidos de tutelas antecipadas e de liminares<sup>27</sup>, provenientes das reformas do ordenamento processual, diante da possibilidade de descumprimento dos princípios constitucionais ao se admitir e se legitimar um lastro probatório mínimo, que não condiz com uma prova democrática e plenária advinda de uma cognição e de um procedimento democrático.

Esclarecendo, o procedimento provê e dá ressonância ao pressuposto da prova ser instituto jurídico de demonstração e não a evidência em si mesma<sup>28</sup>. Portanto, deve-se refutar as decisões processuais fundamentadas em indícios, evidências, presunções, máximas de experiência e pela observação do que meramente acontece, utilizando-se do empirismo lógico, deduções e induções desconexas com o procedimento, juízos analíticos e sintéticos “*a priori*” e razões formadas por critérios subjetivos, as quais impossibilitam a análise e a discussão e a testificação epistemológica dos fatos e de seus efeitos pelo sistema de prova.

A metodologia imposta pelo Estado Democrático de Direito ( devido processo legal) é garantia fundamental das pessoas legitimadas como cidadãos e do povo. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias em harmonia com Luigi Paolo Comoglio elabora proposição teórica do devido processo legal que possibilita a conexão, ou encaixe, normativo com a prova, enquanto instituto jurídico comunicado e trabalhado pela engenharia e arquitetura do complexo de normas jurídicas (princípios e regras), diante da capacidade de ampliação ou expansão da sua composição estrutural<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Ressalvada a crítica quanto a análise e a interpretação do sentido das expressões “ampla defesa” e “plenitude de defesa” leia-se o seguinte comentário: “Sabe-se que o ‘devido processo legal’, na sua pátria de origem, não permite como até mesmo preconiza os julgamentos liminares formados com base em provas *prima facie*, ou que apareçam ao magistrado desde logo com algum grau de verossimilhança que sugira ao julgador uma *prima facie evidence*, de modo que a efetividade da tutela jurisdicional se possa alcançar em procedimentos ágeis e oportunos. Cá entre nós, o mesmo princípio agora associado a este outro, identificado como exigência de ‘plenitude’ de defesa, corre o risco de transformar-se em mais um pilar para a universalização da *ordinariedade*, de resto já consagrada com a introdução em nosso direito da instituição conhecida como ‘Processo de Conhecimento’ ” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “ *plenitude de defesa*” no Processo Civil. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As garantias do cidadão na justiça*. Belo Horizonte: Saraiva, 1993. p. 154.

<sup>28</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5.ª. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. p.154. Alargando o debate e a reflexão sobre a evidência enquanto instituto do direito probatório do “*comom law*”, devendo portanto problematizar e questionar as distorções e as incongruência da sua aplicação e da sua fundamentação nos processos, nas decisões e no sistema de “*civil law*” partindo dos ensinamentos ministrados pela processualistas contemporâneos: “a evidência é outra característica do *Processo Judicial inglês*. Fatos podem ser provados por suas evidências, pois certa maneira, auxiliam a Corte a aproximar-se da verdade” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional* Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns. 3 e 4, p.133-134. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999.

<sup>29</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.199. Compartilhando e aperfeiçoando a Técnica Processual do modelo constitucional de processo advindo do pensamento processual italiano. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*( modelii a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo, v.90, p.95-150, abr.jun.1998., p.138.

Nesta linha de argumentação, a garantia fundamental do *devido processo legal* desponta como um *bloco* aglutinante e compacto de garantias ostentadas pelas partes litigantes em relação ao Estado, quais sejam: *a)* de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; *b)* do juízo natural; *c)* do contraditório; *d)* da plenitude de defesa; *e)* da fundamentação racional das decisões jurisdicionais; *f)* de um processo sem dilações indevidas<sup>30</sup>.

José Alfredo de Oliveira Baracho estabelecendo conexão entre processo e Constituição, coloca em proposição o devido processo ( *el derecho al proceso debido*), destacando como aspectos essenciais: o direito constitucional de ação; o direito constitucional de defesa; o direito à prova: acolhimento e prova proibida; o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas e o direito aos recursos<sup>31</sup>. Penetrando no conteúdo e na composição dos princípios do processo constitucional verificam-se os procedimentos e as técnicas de proteção dos direitos fundamentais, com a análise apurada dos objetivos de sua efetivação e seus efeitos, atribuindo amplitude e densidade conceitual e processualística<sup>32</sup>, traçando pontos de graduação para a teorizar a prova.

O contraditório e a ampla defesa contribuem para a construção dos fundamentos da prova na formação e na preservação da coisa julgada. A coisa julgada aperfeiçoa-se, demarca-se e fundamenta-se na prova-eixo discursivo de pontos e questões - com seus limites objetivos e subjetivos e determina os alcances e efeitos preclusivos, restando excluída e prejudicada a hipótese de flexibilização e de relativização, por ser a prova direito fundamental, a exemplo da coisa julgada.

A prova deve ser colhida ou produzida cumprindo e respeitando o princípio processual constitucional do contraditório, o qual desdobra-se na ampla defesa<sup>33</sup>, caso não seja verificar-se-á nulidade para a prova e para o procedimento. É impossível fazer inserção, no procedimento de provas advindas de outros procedimentos, ou processos, sem submetê-las ao contraditório, independente de ter sido efetivado o contraditório no curso do processo, onde teve origem a prova emprestada, dever-se-á praticar ou proceder a novo contraditório, ainda

---

<sup>30</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.119

<sup>31</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional* Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns. 3 e 4, p.91-92. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999.

<sup>32</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional* Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns. 3 e 4, p.125. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999.

<sup>33</sup> A ampla defesa é princípio constitucional autônomo e independente do ponto de vista da Ciência Processual, da Técnica Processual e da Hermenêutica Constitucional do nosso ordenamento jurídico. A ampla defesa fortalece e interage continuamente com o contraditório, havendo entre eles estreita afinidade e comunicação o que dificulta a classificação ou taxionomia; tal como a formulação de conceitos e definições no estudo, ensino, pesquisa, trabalho e extensão dos conteúdos jurídicos.

que exista identidade de pretensão, de partes e do juízo, como pressuposto de admissibilidade, ou de validade<sup>34</sup>.

O princípio da prova é indissociável do princípio do contraditório<sup>35</sup> e da ampla defesa. O contraditório apenas se efetiva na estrutura técnica e normativa do procedimento, portanto o contraditório tem como suporte operacional (funcional) e espaço de materialização o direito probatório.

Efetiva-se o contraditório na igualdade de oportunidades facultadas no processo, é igual oportunidade de igual tratamento dos participantes do procedimento, que estabelece como fundamento a liberdade de todos perante a lei<sup>36</sup>, compreendendo a oportunidade de produzir provas. José Carlos Barbosa Moreira ao discorrer sobre o princípio do contraditório o faz conexo à prova e a igualdade de oportunidades.

A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes não de conceder iguais oportunidades de *pleitear* produção de provas (...) Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão jurisdicional. Também significa que as partes terão as mesmas oportunidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre seus resultados<sup>37</sup>.

A presença das partes é condição de observância do contraditório. Contudo, não condiz impor à parte a obrigatoriedade de sua presença em todo e qualquer ato do processo., mas de oportunizá-la e posicioná-la “em condições de participar”, ainda que refira-se a hipótese de provas “colhidas de ofício pelo juiz”<sup>38</sup>, em nome do chamado ativismo judicial, violando-se o contraditório e os demais princípios constitucionais condizentes à prova, atividade que opõe-se ao direito democrático e ao devido processo constitucional.

---

<sup>34</sup> A possibilidade de realização do intercâmbio de provas, ou do transporte de provas entre processos, apenas deve ser legitimada, caso haja observação e aplicação do contraditório, tal exigência impossibilita que a prova produzida de ofício pelo juiz, ou por uma das partes, sem que haja sido oportunizado ou facultado aos demais participantes do processo ciência e abertura de prazo necessário para a impugnação, seja utilizada como fundamento de qualquer decisão, em qualquer etapa ou fase do curso processo.

<sup>35</sup> Para o entendimento e o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira são três as exigências fundamentais do contraditório: necessidade de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas; inexistência de disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento das provas pelo órgão jurisdicional e igualdade, para as partes, de possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os resultados. *A garantia do contraditório na atividade de instrução. Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.67.

<sup>36</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001, p.127.

<sup>37</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A garantia do contraditório na atividade da instrução, in Temas de direito processual*, Terceira Série, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.67.

<sup>38</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.75.



O direito ao contraditório confere a prova a dialeticidade e a interdiscursividade dos participantes do processo. Não há provas produzidas sem contraditório, portanto não há construção de procedimento em contraditório sem provas, ampliando os postulados fazzalarianos.

A técnica de produção de prova e a teoria da prova efetivam-se pelo instituto jurídico e pelo princípio do contraditório, assim de forma lapidar e profícua Aroldo Plínio Gonçalves produz esclarecimento e reflexão de argúcia crítica sobre o contraditório

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. (...) O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.<sup>39</sup>

A administração ou gestão da prova (direito probatório) não deve ser apoderado e monopolizados pelo juiz ou tribunal, não sendo esta atividade ou função do sistema de provas, este não se confina e não se esgota em uma das etapas ou fases do procedimento<sup>40</sup>. Todos os participantes do processo exercem o direito probatório, em contraditório, portanto a eles deve ser oportunizado ou possibilitado produzir, controlar, fiscalizar e impugnar a prova, em todas as etapas e fases do procedimento, mesmo que findo, após operado o trânsito em julgado da sentença, poderá haver problematização, ou questionamento da prova, no procedimento da ação rescisória ou quando sobrevier hipótese de “*querela nulitatis*”- querela de nulidade contra a sentença<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ª ed. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001, p.127.

<sup>40</sup> Fazendo crítica ao papel arbitrário e solipsista do juiz quanto a apreciação da prova no ato de decidir Moacyr Amaral Santos disserta “Se ao juiz fôsse concedido decidir do direito só pelas suas impressões pessoais a respeito das contendas e litígios que ante ele se agitam, ou pelas simples alegações, desacompanhadas de prova, daqueles que comparecem à lição das lutas jurídicas; se lhe fôsse facultado julgar e cominar pena ao indigitado autor de um delito de cuja existência ou realidade não haja plena certeza e sobre cuja autoria paira dúvida; se, numa palavra, ao juiz fosse lícito agir livremente e desprendido de quaisquer peias jurídicas ou morais, absolvendo ou condenando sem se preocupar com o descobrimento e verificação da verdade, que deve ser o seu rumo, o seu norte invariável, o arbítrio sentar-se-ia no trono da Justiça, e esta não mais seria a garantia das pessoas honestas e dos fracos, nem a mantedora do direito das pessoas honestas e dos fracos, nem a mantedora do direito e guarda vigilante da paz, da ordem e da harmonia, que devem presidir à vida e à marcha das sociedades regularmente organizadas, mas sim a força imane, despótica e aniquilar o direito desprotegido imbele.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.18

<sup>41</sup> Verifica-se entre os processualistas o comentário quanto a existência da chamada “coisa julgada soberana”, tal designação encontra motivo ou justificação no comprovado decurso de prazo de 2 (dois) anos, ora oportunizado ou facultado para que o legitimado ingresse com ação rescisória, no processo civil. Quanto a *querela nulitatis*

Exige-se a aplicabilidade e o respeito dos princípios constitucionais que se articulam para formação do instituto jurídico da prova não se admitindo distanciamento e a violação destes princípios pela legislação infraconstitucional. Exemplifica-se a distorção da prova, na hipótese do instituto jurídico da suspensão do processo penal ser burlada pelo acusado ou pela defesa René Ariel Dotti argúi pontos e questões para aprimorar o entendimento e a aplicação deste.

Quanto a possibilidade de réus astutos e afortunados possam se valer da suspensão condicional do processo visando a perda ou o enfraquecimento da prova, deve-se responder com três principais objeções: 1) É possível a produção antecipada da prova considerada urgente; 2) A eficácia da defesa fica naturalmente restrita quando o réu é atendido por defensor dativo; 3) A prisão preventiva pode ser decretada, no interesse da aplicação da lei penal, quando houver indício suficiente de que a paralização do processo resulta de malícia ou artifício do acusado<sup>42</sup>.

Inexiste a possibilidade de contraditório designado diferido, postergado ou postecipado, em qualquer ato ou fase do processo. No processo penal é inadmissível que se aplique o malsinado contraditório diferido, postergado ou postecipado aos institutos jurídicos da prisão cautelar ( prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença de pronúncia, no procedimento do tribunal do júri), na hipótese de decretação, e do pedido de liberdade provisória, com ou sem o arbitramento da fiança, na hipótese de sua negação ou indeferimento, sem a audiência ou oitiva do acusado, tal prática viola os princípios do direito probatório, a liberdade e a democracia, enquanto sistemas<sup>43</sup>.

O princípio constitucional do contraditório coexiste, interpenetra e intercomunica com o princípio constitucional da ampla defesa, sendo que um inexiste sem o outro. Os princípios do contraditório e da ampla defesa são co-originários, podemos imaginá-los como se fossem

---

registra-se a inexistência de prazo fixado pela norma para ingressar com ação , sendo o tema filiado a teoria da nulidades.

<sup>42</sup> DOTTI, René Ariel. *A ausência do acusado e a suspensão do processo*. p.54 São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 730/401, agosto /1996.

<sup>43</sup> Estabelecendo contraponto e contraprova ao posicionamento registra-se para crítica o posicionamento e a síntese do pensamento de Rogério Lauria Tucci quanto ao contraditório diferido ou postecipado “Para Rogério Lauria Tucci são situações ‘de contraditório denominado *posticipato*, ou *diferito*’, sem ‘ violação à garantia da bilateralidade da audiência, que, firme, se vê apenas diferida no momento ulterior do procedimento instaurado’. São ‘decisões sobre relevantes temas, como, por exemplo, a prisão provisória e a fiança, sem audiência do outro interessado, a quem é permitido, entretanto, posterior pronunciamento por meio de diversificadas vias ( estatuídas, também, *e.g.*, e respectivamente, nos arts. 647 e 648, I, e 333 do Código de Processo Penal) ” TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. Tese da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p.224-226.

irmãos siameses ou xipófagos, existindo o entendimento de co-extensão entre os referidos princípios.

O instituto jurídico da ampla defesa compõem-se de auto defesa e de defesa técnica, portanto ambas devem ser produtoras e respeitadas quanto a realização da prova. A defesa técnica é um corolário da auto defesa sendo exercida mediante a atuação efetiva de profissional devidamente habilitado – advogado ou defensor público, indispensável para a concretização ou efetividade do devido processo legal.

A ampla defesa, tomada em seu sentido diversificado, engloba não só ela própria, mas também o contraditório e a isonomia<sup>44</sup>. Ampliando a reflexão e a crítica da proposição teórica de Elio Fazzalari depreendemos que o processo enquanto procedimento realizado em contraditório só evolui em simétrica paridade através da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.<sup>45</sup>

A ampla defesa (auto-defesa e defesa técnica) exige para sua compreensão e efetividade a técnica processual de produção de prova e a teoria da prova. Reportando-se aos postulados e esclarecimentos de Lutiana Nacur Lorentz concluímos a vinculação entre os institutos jurídicos da ampla defesa e da prova, importante observamos passo vital na pesquisa científica para unificação entre os sistemas da prova e da preclusão no procedimento.

Já a ampla defesa deve ser compreendida, não no sentido de possibilidades de apresentação infinitas de defesas de conteúdo tanto de *alegações, quanto de provas*, em limites espacio-temporais ( ou seja, tanto de conteúdo, quanto de tempo de alegação) iguais para as partes, redundando em sistemas de preclusão<sup>46</sup>.

A ciência processual incorpora as conquistas teóricas, a ampla defesa, aliada ao contraditório e a isonomia são bases do artigo. 5º; inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil, aplicáveis no desenvolvimento, na conclusão, na validade e na efetividade do processo. Na ausência de algum destes pressupostos processuais constitucionais, o processo transforma-se-á em procedimento<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla defesa e celeridade processual possibilidade teórica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II, p.29.

<sup>45</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla defesa e celeridade processual possibilidade teórica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II, p.29.

<sup>46</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla defesa e celeridade processual possibilidade teórica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II, p.30

<sup>47</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla defesa e celeridade processual possibilidade teórica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II, p.30.

A ampla defesa é exercida por todas as partes envolvidas no processo não sendo exclusiva, privativa ou restrita ao réu, mas ostensiva ao autor. A ampla defesa propicia amplo acesso à jurisdição e ao livre exercício e domínio da técnica processual de produção de provas pela parte interessada, pelo cidadão e pelo povo (coletividade).

Aprofundando na análise da ampla defesa compreende-se às técnicas de propositura de recursos, sendo o direito ao recurso co-extensão do direito de ação. O direito à prova apresenta a coexistência de diversas técnicas da ampla defesa, podendo no juízo recursal, haver a conversão do julgamento do recurso em determinação da feitura de diligência, reabrindo a oportunidade de produção da prova, no julgamento da preliminar argüida no recurso, pela parte ou mediante determinação do magistrado de ofício, pois a nulidade ou o vício na feitura da prova, constitui prejudicial de mérito.

Reportando-se aos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, registra-se que a matéria preliminar aludida no artigo. 301 do Código de Processo Civil não finda, nas hipóteses enumeradas pela norma, mas constitui-se como instituto jurídico da defesa prévia. É passível de crítica o instituto jurídico da defesa prévia, no processo penal brasileiro, ao admitir a defesa prévia, após a decisão do juiz que recebe a denúncia, como depreende-se das normas dos artigos 394 a 396 do Código de Processo Penal<sup>48</sup>.

Enfatiza-se, a garantia do devido processo legal deve corresponder a uma realidade comum a todas as etapas e fases do processo, revolucionando e relendo o parênquima romano “*nemo inauditus damnari censetur*”, que também assume a forma “*nemo inauditus debet damnari*”- Ninguém poderá ser condenado sem ser ouvido. Por conseguinte, a ampla defesa só se efetiva pela viabilidade da participação ativa e em contraditório das partes em todos e atos e termos do processo<sup>49</sup>, oportunizando amplitude na produção da prova.

A inexistência ou a deficiência de comunicação dos atos processuais às partes e aos interessados é fator de ilegalidade, por violação aos princípios constitucionais, comprometendo a legitimidade e a validade da prova produzida. José Rogério Cruz e Tucci faz incursão de pensamento na ampla defesa para projetar a dimensão do princípio na construção do procedimento civil e criminal:

E isso significa, indubitavelmente, que, ao lado do *direito de ser informado* do aforamento da ação( com a finalidade do acionado conhecer o teor da postulação e

---

<sup>48</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: IOB- Thomson-, 2005.p.142.

<sup>49</sup> TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição e processo-regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo: Saraiva, 1989, p.30.

poder preparar a sua atuação defensiva), a *garantia da plenitude de defesa* reclama, outrossim, sejam os sujeitos parciais do processo cientificados de todos os atos praticados no desenrolar do procedimento civil ou penal, com a possibilidade de manifestar-se sempre, e no prazo legal, ou no fixado pelo juiz, sobre a atividade desenvolvida pelo antagonista<sup>50</sup>.

Explana-se do ponto de vista científico e democrático, a ampla defesa e o contraditório são marcos indispensáveis para o desenvolvimento da técnica processual de produção de provas e da norma processual penal, sendo matéria de constante crítica e debate no processo legislativo, muito embora perdurem antinomias, ou distorções.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório, emanadas do ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art.5º, LVII) conferem o respaldo legal à nova pretensão do art. 366, ainda mais quando se acrescenta( §1.º) a autorização para que se produzam, antecipadamente, as provas considerada de maior urgência.<sup>51</sup>

Numa ótica sistêmica, o instituto jurídico da prova é constituído por juízos lógicos compatíveis fundados em normas jurídicas, dentro dos quais opera o raciocínio do intérprete do direito, sendo esquema de incidência e aplicação da Lei<sup>52</sup>. Por instituto jurídico, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e explicação<sup>53</sup>.

As limitações e os fundamentos do direito probatório encontram-se no ordenamento jurídico, dispostos em regras jurídicas (princípios e normas), portanto não se pode criar ou conceber hipóteses de interpretação e de aplicação do direito nela não previstas e portanto não legitimadas. Ovídio A. Baptista da Silva disserta sobre o exercício do direito probatório e os interesses da tutela legal, adotando a linha de questionamento e reflexão crítica da Hermenêutica Constitucional.

É necessário que nós também investiguemos até que ponto as eventuais limitações probatórias são “razoáveis” em virtude da especialidade e importância de certos interesses tutelados pela norma legal; e a partir de que momento essas limitações

<sup>50</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*. 3.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.58.

<sup>51</sup> PRODASEN-Senado Federal.site www.senado.gov.br. internet. 31/10/2006.

<sup>52</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada – temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.49.

<sup>53</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.49.

passarão a ofender o “direito à prova”, como uma das dimensões do princípio do “devido processo legal” e da “plenitude” de defesa<sup>54</sup>.

Alargando o entendimento e a explicação sobre os princípios pela proposição da nomenclatura ou terminologia de princípios institutivos do processo Rosemiro Pereira Leal leciona e elucida

Os princípios institutivos do *processo* ( contraditório, isonomia e ampla defesa), em sua gênese hermenêutica democrática, supõem autoconstrutividade no espaço discursivo-procedimental da *soberania popular* que confere caráter institucional legitimante da criação do ordenamento jurídico<sup>55</sup>.

### 1.3 Princípios processuais aplicáveis à prova

A técnica processual de produção de prova verifica-se presente no ordenamento jurídico infraconstitucional, visando a reconstrução de fatos pela aplicação de princípios. Os princípios processuais infraconstitucionais devem buscar harmonia com os princípios constitucionais, evitando o paradoxo.

Em tema de prova, cumpre diferenciar o fato da consequência do fato. A regra jurídica processual (norma ou princípio) incide sobre a consequência do fato<sup>56</sup> e não sobre o próprio fato, corrigindo-se o possível erro do operador do Direito.

Na perspectiva da legislação infraconstitucional, pode-se compreender um código enquanto conjunto orgânico e sistematizado de regras jurídicas escritas ( normas e princípios) relativas a uma ampla matéria do Direito<sup>57</sup>. A codificação deve ser capaz de retratar os avanços da ciência do Direito mediante a técnica de aplicação de seus princípios<sup>58</sup>.

Pestana de Aguiar veio a manifestar entendimento sobre a prova, face ao direito positivo vigente no Brasil, afirmando ser instituto integrante da ciência processual, por conseguinte instituto do Direito Processual. O processualista em questão apontou a existência de dez princípios infraconstitucionais condizentes à prova: 1º - princípio da auto –

<sup>54</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *A “plenitude de defesa” no Processo Civil*. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As garantias do cidadão na justiça*. Belo Horizonte: Saraiva, 1993. p. 164-165.

<sup>55</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.173-174.

<sup>56</sup> Os fatos, segundo os efeitos jurídicos que possam produzir, podem ser classificados em fatos: constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos.

<sup>57</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.224.

<sup>58</sup> FIUZA, César Augusto de Castro. Diretrizes para um código brasileiro de direito de família. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v.3, n 1,p.78-84, Belo Horizonte, 1º sem.1998.

responsabilidade das partes; 2º - princípio da audiência contraditória; 3º - princípio da comunhão da prova; 4º princípio do livre convencimento; 5º - princípio da imediatidade; 6º - princípio da oralidade; 7º - princípio da concentração; 8º - princípio da publicidade; 9º - princípio da identidade física; 10º - princípio dispositivo.<sup>59</sup>

Brêtas C. Dias, após incursão nas lições o processualista lusitano Fernando Luso Soares, conclui-se que o dever de prontidão advindo das normas jurídicas destinadas a impedir à fraude processual associadas ao princípio da lealdade podem ser adaptadas ao nosso ordenamento jurídico. O princípio da celeridade esta em conexão normativa com o princípio da lealdade, segundo conclusão do pesquisador processual mineiro.<sup>60</sup>

Existem normas do Código de Processo Civil vigente que fixam o dever de prontidão às partes, que funcionam como princípio jurídico. Exemplificando-se à interpretação pela leitura das regras jurídicas contidas nos artigos 276, 278, 283 e 396, não excluindo outras de conteúdo análogo, revelando o posicionamento do legislador processual civil brasileiro inspirado na técnica normativa portuguesa.<sup>61</sup>

A especificidade do procedimento comum sumário aperfeiçoa-se com o princípio da oralidade, em conexão normativa com o princípio da concentração dos atos processuais, exigindo a norma processual a especificação na contestação dos meios de prova, que serão operacionalizados pela parte, a saber: o rol de testemunhas, a redação dos quesitos dirigidos ao perito e a indicação de assistente técnico, de acordo com a norma contida no artigo. 278 do nosso Código de Processo Civil, na hipótese de feitura de perícia. Destacando-se a aplicabilidade do princípio da isonomia, diante do conteúdo da norma artigo.276 do nosso Código de Processo Civil.

No procedimento comum ordinário, verifica-se a previsão expressa pela norma do prosseguimento do processo, diante da necessidade de instrução, seja para a produção de prova pericial, ou testemunhal. Em outras situações processuais a instrução è abreviada pelo julgamento no estado no qual encontra-se o processo, depreendendo-se o princípio da concentração dos atos processuais.

Problematizado-se o princípio da concentração cumpre preservar a unicidade ou a continuidade da prática do ato processual, justificada pela interrupção ou suspensão da instrução para não comprometer a efetividade do processo e a finalidade do ato, diante das seguintes situações: pela prorrogação do horário, ultrapassando o limite normativo do período

---

<sup>59</sup> PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Forense, 1977, p. 247.

<sup>60</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Fraude no Processo Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 93.

<sup>61</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Fraude no Processo Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 93.

noturno, diante da complexidade ou do excesso da prova a ser colhida, pela necessidade de inquirição de testemunha referida, devido a ausência de devolução ao juízo deprecante de carta precatória ou rogatória (imprescindível a complementação da prova), pela indispensável inspeção judicial e a conversão do julgamento em diligência, não se caracterizando a ruptura da unicidade ou da continuidade. No entanto é indiscutível que em todas hipóteses descritas subsiste o princípio da identidade física do juiz, que vincula o juiz que conclui a instrução à elaboração do ato decisório: a sentença<sup>62</sup>.

Deve-se criticar e combater a aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que este possibilita ao juiz a valoração dos meios de prova pleiteados pelas partes, ou por terceiros, ou delimitado por ele próprio de ofício, sem aplicar o contraditório, criando-se um espaço de vasta atuação, com ausência de controle e fiscalização da atividade exercida pelo magistrado<sup>63</sup>. Portanto, o advogado, o defensor público e o promotor de justiça, atuando em nome do cidadão ou do povo (coletividade), devem questionar os limites e os fundamentos para aplicação das normas existentes nos artigos 130 e 332 do Código de Processo Civil brasileiro, sobretudo do artigo 32 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis - Lei n.º 9.099/95.

A pesquisa científica processual contemporânea enuncia o instituto jurídico da prova na cogitação democrática-constitucional, a qual deve prevalecer sobre a dogmática infraconstitucional. Em consonância com os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal compreende-se instituto jurídico como: “um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação”<sup>64</sup>.

Portanto, na teoria do processo contemporâneo, a prova, como instituto jurídico, para atingir, com amplitude e proficiência, o objetivo de “fixação dos fatos no processo”<sup>65</sup>, propõe-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* de pensar no *tempo*); c) *formalização* (significa a *instrumentação* da realidade pensada pela *forma* legal)<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.118-119.

<sup>63</sup> FERNANDES GÓES, Gisele Santos. *Cotejo entre direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos*. In: FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *Processo e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.955.

<sup>64</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: FIÚZA, César Augusto de Castro SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. ( coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.348.

<sup>65</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma, 1982, p.44-45. Trad. Niceto-Alcalá Zamora.

<sup>66</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: FIÚZA, César Augusto de Castro



Assim, surgem novas perspectivas epistemológicas para esclarecer a prova a partir do estudo de seus princípios.

Aprofundando o campo de visualização principiológica, registra-se que o princípio da indiciabilidade destaca o *elemento* de prova no *espaço*. O princípio da ideação coordena o *meio* intelectual lícito da coleta da prova no tempo do pensar. O princípio da formalização perfaz o *instrumento* da prova pela *forma* estabelecida em lei. Portanto, o suporte teórico do instituto da prova é constituído por princípios, estes são conceptivos de validade e eficácia dos atos probantes em juízo<sup>67</sup>.

A técnica processual de produção da prova deve estar voltada para a realidade, pressupondo a esmerada e efetiva aplicação e justificação dos princípios. Com efeito, a prova, como instituto jurídico, enuncia-se e caracteriza-se no mundo da realidade dos *elementos* sensoriáveis pelos *meios* de ideação jurídica para concepção do *instrumento* de sua expressão formal<sup>68</sup>.

Diante da contribuição dos trabalhos científicos contemporâneos, a proposição da prova na teoria do processo contemporâneo deve ter como eixo epistemológico o devido processo constitucional. Os princípios processuais infraconstitucionais não podem contrariar ou violar os princípios processuais constitucionais, preservando-se um complexo normativo harmônico.

#### 1.4 A prova na teoria constitucional do processo

O termo prova é complexo, paradigmático, polissêmico e interdisciplinar. A palavra prova correlaciona-se com a concepção de certeza, de verdade, de veracidade, de verossimilhança, de realidade e de reconstrução de um fato, dentre outras possibilidades, no entanto deve ser investigados os significados constituídos por estes termos, dentro das características epistemológicas, o tema em comento é propedêutico não podendo ser

---

SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. ( coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.348.

<sup>67</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo .In FIÚZA, César Augusto de Castro SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. ( coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.349

<sup>68</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo .In FIÚZA, César Augusto de Castro SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. ( coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.349.

trabalhado, apenas como construção dogmática, filosófica, metafísica, mítica, histórica ou ideológica.

Poder-se-ia refletir a tentativa de conceituar prova tendo como referência a realidade e a racionalidade. Eduardo J. Couture constrói uma análise da prova como demonstração da verdade de uma proposição associada à razão.<sup>69</sup>

Deve o pesquisador do processo realizar constates debates e reflexões sobre a prova. Moacyr Amaral dos Santos leciona e delimita provar enquanto busca de uma verdade relativa.

É bem o meio pelo qual a inteligência chega a descoberta da verdade. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade relativa. A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade. Conceito da verdade relativa, não da verdade absoluta, sempre procurada nunca alcançada. Se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar através dos sentidos e da inteligência, compreende-se logo, precários como são aquêles, insuficiente como é esta, a relatividade que deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade. Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade terra plana, de ontem -transformou-se na verdade- terra redonda, de hoje; a verdade- a pena é uma vingança- se traduz na verdade- a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados.<sup>70</sup>

Em abalizada e depurada técnica processual a prova gera a produção de estrutura técnica e normativa- procedimento. O procedimento pode ser feito e refeito; construído ou desconstruído<sup>71</sup> pela prova, cogitando-se como unidade morfológica do procedimento.

---

<sup>69</sup> Deve-se compreender como clássico, conservador e ortodoxo o posicionamento de vinculação da prova ao concepção de verdade e de razão, sendo pertinente proceder reflexão e encaminhar crítica, tal como se exemplifica: “A prova é a confirmação de uma proposição através de uma coisa ou fato tomados à realidade. Se aquele que tem de demonstrar a verdade de sua proposição pudesse, por si mesmo, criar a realidade apta a justificá-la, o juízo careceria de razão suficiente. Nesse caso, a proposição e a razão teriam a mesma origem: a vontade do proponente ou do postulante. Julgar-se-ia a proposição pela vontade e não pela realidade exterior ao proponente” COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997., p.161.

<sup>70</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo: Max Limonad, 1952, p.12.

<sup>71</sup> Exemplifica-se e visualiza-se a construção e a desconstrução do procedimento pela prova, em nosso ordenamento jurídico ou em nosso sistema processual, pela análise e compreensão do processo de restauração de autos, previsto pelas normas do Art. 1.063 até o Art.1.069 do Código de Processo Civil Brasileiro e do processo de ação rescisória, estruturado pelas normas do Art.485 até o Art.495 do Código de Processo Civil, também estendida, ao processo de restauração de autos extraviados e destruídos, orientado pelas normas do Art.541 até o Art.548 do Código de Processo Penal, e a revisão criminal, esquadrinhada pelas normas do Art.621 até o Art.631 do Código de Processo Penal, por ilação a norma do Art.769 da CLT, os exemplos extraídos do campo do processo civil aplicam-se ao processo do trabalho, devido a ausência de normas processuais trabalhistas específicas (aporias), logo tratando-se de caso omissis, o direito processual civil funciona como fonte subsidiária do direito processual trabalhista.

O processualista deve realizar permanente reflexão epistemológica dada a evolução e a transformação do Direito. Oportuno esclarecer e registrar o pensamento Eduardo J. Couture tomando como tema a ciência do processo:

A ciência do processo não é só a ciência das petições, das provas, das apelações, das execuções, das formas e dos prazos. Seria difícil construir uma ciência do conhecimento do real, com validade universal, servindo-se, apenas, desses elementos. Antes, porém, de chegar a eles, a ciência do processo necessita assentar uma série de proposições de conteúdo real e legitimidade universal, independentemente de tempo e de espaço, sem as quais o objeto da ciência-o processo- não pode ser concebido, nem chegar a ser realizado.<sup>72</sup>

Questionamentos devem ser realizados sobre a certeza, em relação à pesquisa científica sobre a prova. José Alfredo de Araújo Lopes da Costa enalteceu a certeza e elemento essencial para avaliar a competência e o desempenho do pesquisador do processo.

O que, em processo, se tem como virtude( concluir rapidamente) é na pesquisa científica uma das mais comuns entre as causas morais do erro: a precipitação. Ou o pesquisador está em posse de todos os elementos necessários a uma conclusão( e conclui) ou não adquiriu ainda certeza- e não conclui coisa alguma.<sup>73</sup>

O direito à prova<sup>74</sup>, ou o direito probatório, interpretado e compreendido a partir dos fundamentos do sistema de Estado de Direito tem base jurídico-constitucional. O direito à prova relaciona-se com outros direitos e garantias constitucionais, a exemplo da ação, da defesa, do processo e da jurisdição, aperfeiçoando seu campo de aplicação ou incidência, incompatível com limitações absolutas, como demonstra Baracho: “O direito à prova correlaciona-se com a garantia constitucional da ação, bem como com o princípio geral da

<sup>72</sup> COUTURE, J.Eduardo. *Interpretação das Leis Processuais*, Tradução. Da Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, São Paulo: Max Limonad, 1956, p.157.

<sup>73</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.204.

<sup>74</sup> Não se recomenda e devendo ser evitada a utilização e expressão o princípio do direito à prova por tratar-se de um pleonasma, tautologia e redundância, pois considerando a adoção da terminologia, nomenclatura e sistemática lingüística jurídica de um conjunto de normas jurídicas como princípios e regras, pois do termo norma ou direito já se infere a idéia de princípio, logo deve ser evitada não devendo prevalecer na orientação da linguagem jurídica.

liberdade de prova. A norma jurídica que propõe limites absolutos à prova deve ser considerada inconstitucional.”<sup>75</sup>

Enfatiza-se o direito à prova no quadro normativo dos direitos de ação, da defesa e das decisões caracterizando o fundamento destes. A atividade probatória apresenta indubitavelmente o foco de convergência do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visando possibilitar a demonstração da veracidade ou da verossimilhança<sup>76</sup>, revestindo-se portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional.<sup>77</sup>

O surgimento da proposição de um modelo constitucional do processo aproximou os estudos, os trabalhos e as pesquisas do processo e da Constituição revolucionando a epistemologia da prova. Ressalvada a leitura crítica quanto ao emprego da expressão “Poder Judiciário”, por se tratar de atividade, ou função estatal, e interpretando-se o termo “jurisdicionado” como “cidadão”, registra-se a contribuição e a aguçada pesquisa de Aroldo Plínio Gonçalves.

ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA demonstram que já se pode falar em um modelo constitucional de processo formado, não mais apenas pela estrutura e organização do Poder Judiciário, mas também, em plano de igual importância, pelas garantias processuais dos jurisdicionados, ao lado das garantias do Poder Judiciário e dos juízes investidos da função jurisdicional. A importância da especial garantia da norma processual acolhida no plano constitucional já há mais de três décadas era ressaltada por RENZO PROVINCIALI.<sup>78</sup>

Poder-se-ia conceber e construir um modelo constitucional da prova tomando por ponto de partida ou referência o modelo constitucional de processo<sup>79</sup>. É inconcebível estudar

<sup>75</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional* Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns. 3 e 4, p.94. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999.

<sup>76</sup> O termo ou vocábulo verdade é ambíguo, ideológico, inexato, mítico, polêmico, polissêmico, questionável impondo uma desconstrução e uma releitura crítica, na concepção da epistemologia, portanto exige cautela de análise e interpretação pela Hermenêutica, pela técnica processual e pela ciência processual. As remotas construções do direito, no período arcaico retomadas pelo Direito Canônico adotavam a busca da verdade como finalidade precípua da suposta prova a ser obtida, porém tais concepções revelam-se anacrônicas, deficientes e insuficientes.

<sup>77</sup> TROCKER, Niclo. *Processo civile e costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1974, p.150.

<sup>78</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001, p.185.

<sup>79</sup> O modelo constitucional de processo proposto por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera reúne as seguintes características gerais : “ ‘ a) expansividade, consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual a (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo;’ ‘b) na variabilidade, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional ( da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente

ou trabalhar a prova numa perspectiva ou num projeto divorciado da Constituição e do devido processo constitucional<sup>80</sup>.

Dentro da realização do projeto constitucional e da proposta de praticar um direito democrático, a aspirada efetividade do processo pressupõe a efetividade da prova. Esquadrinhando o termo e a significação do “acesso”<sup>81</sup>, concluímos e elucidamos que o acesso à jurisdição, enquanto direito fundamental, só é factível e profícuo com o acesso à prova, concebido como direito fundamental, no campo processual.

A formulação e a defesa de uma teoria da Constituição, de uma teoria da prova e de uma teoria do direito democrático só é possível a partir da esfera da procedimentalidade e da cognição. A procedimentalidade estrutura-se e aperfeiçoa-se no conjunto, na produção e na aplicação de normas jurídicas (princípios e regras) localizadas no texto constitucional, pela dinâmica do nosso ordenamento jurídico, na atividade de cognição.

Como ponto de partida e referencial, deve-se afirmar que o direito à prova abrange todas as fases do procedimento probatório<sup>82</sup>. A prova deve ser estudada e trabalhada nos seus contornos práticos e teóricos ao longo de todo o procedimento.

Numa concepção democrática constitucional, o processo não é instrumento da jurisdição nem a prova é instrumento da jurisdição. Num ponto de vista democrático constitucional, a jurisdição se faz pelo procedimento e a jurisdição se faz pela prova, assegurando ampla participação e oportunidades de manifestação dos legitimados e dos destinatários das decisões, como cidadãos, desde a instauração do procedimento.

Considerando o critério de complexidade ou de perfil, há procedimentos extensos ou longos e há procedimentos sumários ou compactos, sendo inadmissível procedimentos

funcionais possam advir-se segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares’ ‘c) na perfectibilidade, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional a qual ( *scilicet*: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução dos objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional’ ”. (tradução livre) ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Guiseppe. *Il modello costituzionale del processo civile- Corso di lezioni*. Torino:Giappichelli, 1990, p.13.

<sup>80</sup> A existência de lastro probatório mínimo para fundamentar as decisões é uma exigência do devido processo legal e portanto do devido processo constitucional para proporcionar aos participantes e aos interessados no processo a plena ciência e transparência da jurisdição, constituindo-se em um princípio e uma garantia constitucional indissociável do exercício da cidadania e do direito democrático.

<sup>81</sup> Ressalvada o debate e as conclusões pertinentes à crítica e à releitura quanto construção e registro da expressão “ direito social fundamental” e “ moderna ciência jurídica” deve-se fazer a reflexão do seguinte texto: “ O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica ”. CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.13.

<sup>82</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução* 2.ª ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 326.

sumaríssimos.<sup>83</sup> A técnica processual de produção de prova deve ser mantida ou preservada pela norma, a propósito de oportunidades, faculdades, deveres e ônus na delimitação ou demarcação do espaço e do tempo procedimental.

O sistema de “*civil law*” ou mesmo o sistema da “*comom law*” deve predispor de critérios empíricos e objetivos para analisar ou apreciar a prova, não se contentando com a aplicação perfunctória do princípio e do procedimento da oralidade. A efetividade e o aprimoramento do sistema normativo e do ordenamento jurídico devem ser mensurados e sopesados pelo direito à prova, no espaço e no tempo procedimental, considerando-se os efeitos da preclusão.

O direito probatório amplo largo perfil procedimental<sup>84</sup> devendo ser estudado e trabalhado com as suas conexões e interfaces com os institutos jurídicos da preempção, da prescrição e da preclusão. É relevante para técnica processual e para teoria do processo perquirir todo o procedimento, enquanto estrutura técnica e normativa, a presença ou a ausência de prática de ato processual (preclusão), ou a prática de ato processual anacrônica, tardia, extemporânea ou intempestiva, no ciclo de criação da estrutura técnica-normativa.

A produção de prova resulta na constituição da estrutura técnica correspondente ao procedimento, dentro da perspectiva processual e constitucional. A preclusão produz e consolida a estrutura técnica relativa ao procedimento, evitando o desfazimento, a decomposição, ou desconstituição da unidade estrutural, por conseguinte caracterizam prova

---

<sup>83</sup> Deve-se encaminhar crítica a existência e a manutenção do procedimento sumaríssimo em nosso ordenamento processual por caracterizar um paradoxo ou uma antinomia com a Constituição e a constitucionalidade brasileira. O procedimento sumaríssimo contraia a lógica técnica e científica do ordenamento processual. A restrição do direito e do princípio do contraditório, da defesa e da ampla defesa que congregam em sua estrutura, forma e conteúdo a prova opõe-se a prática de um direito democrático e de um direito fundamental, do ponto de vista processual. Não se pode acabar ou eliminar o tempo atribuído a prática dos atos processuais, expresso pela previsão de prazos, reservados para o exercício do direito à prova e a técnica de produção da prova. É inconcebível e incompatível com um Estado de Direito Democrático e com o paradigma constitucional a sumarização da prova (do direito à prova) e da cognição funções encaminhadas pelos procedimentos. É possível um *suma cognitio* na sumária cognitio (procedimento da sumariedade), isto é, sumariza-se o procedimento e não a cognição e nem a prova, preservando-se direitos democráticos e direitos fundamentais, assim não há prejuízo ou violação da finalidade das etapas ou fases que integram o procedimento, postulatória, instrutória e decisória, mantendo-se a matriz da ordinaryness. Em síntese, não se pode eliminar o tempo e o espaço no procedimento para a produção de prova, ainda que não se trate de uma cognição plena e exauriente, mas de uma cognição sumária. É possível cogitar e admitir tal hipótese de sumarização da cognição e da prova no ordenamento processual italiano a par da norma contida no Art.24 da Constituição italiana, interpretando e compreendendo a ausência de normas jurídicas (princípios e regras) do contraditório, da ampla defesa e da prova especificadas e delimitadas na anatomia do texto constitucional italiano, a exemplo do brasileiro.

<sup>84</sup> Imprescindível e esclarecedor reportar-se a conclusão do avanço do pensamento processual mineiro sobre a aproximação e a interpenetração entre prova e procedimento “O procedimento processualizado é a prova das provas. Sem procedimento relação (espacio-temporal formalizada) não há como operacionalizar democraticamente o *instituto da prova*” <sup>84</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*.5.ª. ed. São Paulo:Thomson-IOB, 2005.p.199.

ou suporte probatório da construção e da desconstrução do procedimento, perpassado pela licitude constitucional do devido processo.

Partindo do pressuposto que a preclusão refere-se a ausência da prática de ato processual, a qual gera a produção de estrutura técnica normativa, ora correspondente ao procedimento, a preclusão é prova. No aspecto objetivo, a prova desempenha a função técnica de arquitetar, construir, consolidar e demarcar o procedimento e o processo.

É impossível atingir o provimento final sem a eficácia e a segurança da cadeia de atos que formam o procedimento, tese compartilhada com Virgilio Andrioli, que teoriza a preclusão, dentro do caráter unitário do processo, a partir da unicidade procedimental, cumprindo a finalidade de possibilitar tal ordenação. E a preclusão desempenha no processo de conhecimento, o sentido de garantir a obter “o resultado último do processo, ou seja, a coisa julgada substancial”, tratando-se de resposta ou solução final, indiscutível e obrigatória, dentro e fora do processo, jamais seria alcançada, sem que houvesse a preclusão das questões suscitadas ou suscitáveis<sup>85</sup>, durante o curso do procedimento.

A prova arquiteta, constrói, demarca, esquadrinha e efetiva os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada e a produção dos efeitos preclusivos, aperfeiçoando a epistemologia processual e conferindo efetividade ao procedimento e ao processo. A coisa julgada tem seus limites e fundamentos na prova, havendo uma interpenetração e uma fusão dos institutos jurídicos, concluindo-se que os efeitos preclusivos da coisa julgada guardam afinidade com a prova, com o procedimento e com a cognição.

José Alfredo de Oliveira Baracho estabelece a conexão e a reciprocidade técnica e científica entre o direito à prova e o procedimento na perspectiva de uma Teoria Geral do Processo Constitucional. O célebre processualista constitucional mineiro detecta a inconstitucionalidade pela privação de provas, na feitura do procedimento.

Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*auditur altera pars*), sendo que a falta da citação, nos casos concretos, gera nulidade; a inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; a inconstitucionalidade pela privação de provas, para a correção de erros de procedimento; a inconstitucionalidade por supressão e privação de recursos; a inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; a inconstitucionalidade por falta e idoneidade do

---

<sup>85</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues *A nova ordinariiedade: execução para a cognição*. In: FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire e BRÉTAS C. DIAS, Ronaldo. *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.131.

juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial, que não viole a garantia do *due process of law*.<sup>86</sup>

Prosseguindo, Baracho conclui que o Processo Constitucional efetiva-se através destes pressupostos e pela construção dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas.<sup>87</sup> O direito à prova se alastra e se compatibiliza ao procedimento na simétrica paridade das partes, confluindo para a prática e a teoria de um direito democrático.

O controle e a fiscalização da eficácia e da validade da prova é estabelecido pela Constituição e pelo processo constitucional. As provas produzidas contrárias à Constituição e ao processo constitucional são totalmente ineficazes, imprestáveis, inadmissíveis e ilícitas, pois não podem integrar a estrutura do procedimento, portanto não devem ser admitidas no processo e, se chegarem a ser produzidas, devem ser dele desentranhadas<sup>88</sup>, imediatamente e incondicionalmente, havendo a impossibilidade de ingresso das provas inconstitucionais no procedimento.

O advogado, o defensor público, o promotor de justiça e o representante do órgão do Ministério Público, são imprescindíveis à gestão (administração) da prova e ao exercício do controle de constitucionalidade da prova produzida no procedimento, construindo-se o devido processo legal, no marco do Estado Democrático de Direito. A parte poderá e deverá realizar a gestão da prova e o controle da constitucionalidade da prova ao operacionalizar ou praticar a auto defesa, prerrogativa que se agrega à defesa técnica na concretização da ampla defesa.

A técnica processual de produção de prova exige o emprego de um método probatório ou probatório legal. O juiz deve portanto formar a sua convicção a partir das alegações e das provas produzidas pelas partes, sendo propício refletir e encaminhar a crítica<sup>89</sup> efetuada pelos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover

Assim, sendo, o sistema do livre convencimento do juiz, que impõe o respeito prévio a um método probatório rigorosamente legal, significa que o juiz deve formar sua

---

<sup>86</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional* Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns. 3 e 4, p.90. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999.

<sup>87</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional* Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns. 3 e 4, p.90. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999.

<sup>88</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução* 2.ª ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 61.

<sup>89</sup> A crítica refere-se ao fato de conceber o juiz como destinatário exclusivo ou único da prova. Ao juiz não pode ser atribuído o papel isolado de gestor da prova, havendo uma divergência e uma incompatibilidade com a prática de um direito democrático e o respeito a direito fundamental expresso pela prova. O juiz não é o único legitimado à prova.



convicção valorando atentamente as alegações e as provas existentes no processo: mas excluindo os elementos probatórios que ingressam ilegitimamente no processo.<sup>90</sup>

O estudo, o trabalho e a pesquisa depreendidos no processo penal sempre foram “calcanhar de Aquiles” ou o ponto vulnerável para a prática de um direito democrático e para reflexão e debate pela crítica da Teoria Geral do Processo ou dos constitucionalistas, principalmente, por buscar fundamentos, limites e respostas para privação das liberdades fundamentais. A técnica de produção de prova pelo impulso oficial, ou seja, exclusivamente, por iniciativa do juiz (ativismo judicial), sem iniciativa das partes deve ser rediscutida, revista e redefinida no processo penal, tal como prelecionou Jorge de Figueiredo Coutinho

Mesmo assim, o futuro democrático do nosso processo penal aponta na direção de um sistema de essência acusatório e, nele, é altamente discutível acometer aos juízes a *investigação preliminar* e a *acusação*, e o próprio *impulso processual* quando em jogo estiver a *produção de provas*<sup>91</sup>

Pelo Direito Processual Civil alemão comparado ao nosso sistema processual, poder-se-ia discutir a ineficácia da prova produzida sem a presença das partes, demonstrando a efetiva participação. A ZPO alemã estabelece no § 357 e no §397, que às partes assiste o direito de presenciar à produção de provas, sendo este princípio designado pela pesquisa e pela jurisprudência alemãs pela nomenclatura *Parteiöffentlichkeit*, sendo reconhecido como uma das garantias fundamentais do processo civil germânico, cuja a inobservância implica na proibição de utilizar as provas produzidas.

A democracia e a cidadania constroem-se, discutem-se e implementam-se pelo processo e pela prova. O Estado Democrático de Direito, exige um sistema probatório com bases normativas, o qual garanta a produção das provas com a participação isonômica das partes.<sup>92</sup>

A Constituição é o centro e ponto de enfoque para a hermenêutica jurídica da prova. A prova demanda criteriosa, contínua e complexa leitura constitucional para obter efetividade.

---

<sup>90</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução* 2.<sup>a</sup> ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 61.

<sup>91</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra:Coimbra, 1974., p.148.

<sup>92</sup> BASTONETE, Juliana de Carvalho. *Processo de conhecimento e teoria da prova-implicações lógicas*. Coordenador Rosemiro Pereira Leal. *Estudos continuados de teoria do processo*. Vol I, Porto Alegre: Síntese, 2000, p.99.

A manifestação do pensamento de José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>93</sup> demonstra que a compreensão científica da Constituição demanda um procedimento metodológico criterioso, delimitado pelas normas, para que a sua aplicabilidade possa ser concretizada com segurança e certeza. No Brasil existe a necessidade de uma reflexão profunda sobre a matéria, para que se possa aprimorar o processo hermenêutico e as práticas constitucionais.

A fundamentação da decisão é uma proteção constitucional especialmente dirigida às partes.<sup>94</sup> Inexiste fundamentação da decisão, sem a existência do direito à prova e da técnica de produção de provas efetivada pelas partes na dinâmica, ou na evolução, do procedimento.

A produção de prova constrói a estrutura técnica que identifica o procedimento, a prova não apenas se incorpora ao procedimento, mas ela constitui-se como sua unidade morfológica, do ponto de vista técnico e científico. A partir da Constituição advoga-se que o direito à prova é fundamento do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>93</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição originária*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG- número especial comemorativo do centenário da revista da faculdade de direito da UFMG, Belo Horizonte, v 34, n.º34, p.63, 1994

<sup>94</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001, p.167

## CAPÍTULO II – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROVA

### 2.1 Evolução do Estado

Todos os sistemas do Estado de Direito devem ser estudados, trabalhados e compreendidos pela demarcação do ciclo temporal. O pensamento de Habermas explicita que os “dois paradigmas jurídicos, que mais conseqüências tiveram na história do Direito moderno, e que ainda hoje competem entre si, são o do direito formal burguês e do direito materializado do Estado Social.”<sup>95</sup>

Registram-se os fatos do constitucionalismo que defluíram na formação do Estado Liberal no continente americano, com o *Compact*, celebrado a bordo do navio Mayflower, em 1620, pela *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639 e no *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia, de 1776, pelas Constituições das ex –colônias britânicas da América do Norte, pela Constituição da Confederação dos Estados Americanos de 1781 e pela Constituição da Federação de 1787. Idêntica evolução verifica-se na França pelo conteúdo do texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>96</sup>, realizada a partir do contexto da Revolução Francesa, e posteriormente pela Constituição de 1789.

No século XVIII, surge o Estado Liberal de Direito tendo seus defensores apresentando um discurso tematizando em síntese igualdade, liberdade e propriedade. O liberalismo apresenta uma dicotomia ou dimorfismo, pois comporta duas vertentes: o liberalismo político e o liberalismo econômico.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p.264.

<sup>96</sup> Aroldo Plínio Gonçalves destaca a construção histórica da garantia da publicidade das decisões e da fundamentação das decisões “não há dúvida de que o caráter público das decisões (que nem sempre se confunde com o caráter público do julgamento, exigido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988), acompanhado de sua fundamentação, é uma garantia que, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, produzida pela Revolução Francesa, resguarda a sociedade contra o autoritarismo e o arbítrio que se manifestavam em nome da lei ” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001, p.167.

<sup>97</sup> “O liberalismo tem duas vertentes : o liberalismo político e o liberalismo econômico. Ambos se apóiam na idéia de liberdade. A liberdade política está vinculada aos direitos e garantias individuais e aos direitos políticos que foram se materializando ao longo do século XIX e entrou pelo século XX ( voto das mulheres, analfabetos, etc.) O liberalismo econômico é o ‘laissez-faire’, a economia de mercado, a liberdade dos negócios, o Estado ausenteísta, a liberdade contratual. O liberalismo econômico gerou ao longo do século XIX, desigualdades e injustiças que preparam o terreno para as revoluções do século XX e o Estado do Bem –Estar.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre:Síntese, 2004,p.34.

A concepção jurídica liberal é representada pelo princípio da autonomia de vontade, a qual pressupõe um acordo de vontade entre iguais, porém a igualdade é utópica ou fictícia. Expressa-se no Estado Liberal por um darwinismo social<sup>98</sup> e uma racionalidade kantiana.

Em 1776 nos primórdios da Revolução Industrial que deu gênese ao capitalismo, foi publicado em Londres a obra “*Indagação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações*”, passando a ser conhecida como simplesmente “*A riqueza das nações*”, marco para a Ciência Econômica, especificamente a Escola Clássica. A obra foi concebida pelo escocês Adam Smith (1732-1790), valendo-se da sua experiência como professor de Filosofia, tal como as obras de John Locke constituíram-se como marco a Ciência Política, do século XVIII, após longa reflexão, a causa da riqueza de uma nação era a exploração do trabalho.

Adam Smith pesquisando sobre o valor do trabalho, algumas inferências importantes: a primeira é que há uma divisão natural do trabalho, fazendo com que existisse uma complementaridade das ações econômicas em um país . O trabalhador agrícola contribuiu para a manutenção do operário industrial que, por sua vez, produz os bens que são exportados e garantirão a margem de lucro dos exportadores.<sup>99</sup>

Adam Smith defendia o pensamento fisiocrata “*laissez faire, laissez passer, lê monde va de lui-même*”- deixai fazer, deixai passar, que o mundo atua sozinho. O pensador escocês preconizou a liberdade econômica, com base na divisão do trabalho, objetivando a ampliação da escala de produção individual e adaptação natural dos preços às leis de mercado, sobretudo a lei da oferta e da procura.<sup>100</sup>

O sistema do Estado Liberal de Direito identifica-se como Estado de Direito burguês pois desvela-se um sistema liberal-burguês. Canotilho compartilha deste entendimento ao enfrentar o tema agregando outras características.

O Estado liberal não era tão formal como por vezes se afirma. Ele não era só Estado de direito, mas também um “Estado de limites” a serviço dos factores dominantes da sociedade burguesa. Um exemplo claro é o da função racional das leis gerais e

---

<sup>98</sup> Neste período histórico o campo das ciências sócias sofreu influência das pesquisas e trabalhos biológicos de Charles Robert Darwin, sendo dominada por muitas de suas concepções. O foco das pesquisas de Darwin era demonstrar a origem das espécies por meio da seleção natural e a preservação das raças na luta pela vida, expondo-se fatos em que se fundavam seus conceito e suas definições de mutações graduais de plantas e animais. Destacando-se o darwinismo social, que inspirado na luta pela vida irá interpretar o conflito e os dissensos pela conquista de uma hegemonia, caracterizada pela sobrevivência dos mais fortes, concebida como darwiniana sobrevivência dos mais aptos. Dentro deste sistema de compreensão a sociedade poderia ser vista como uma selva e os homens reduzidos a animais. A investigação das construções propostas pelo darwinismo social exige um compreensão da Biologia, da Economia e da Sociologia. BARNES, Helmut e BECKER, Hans. *História del pensamiento social*. México:Fondo de Cultura Económica,1945, 2.vols., p.637-719.

<sup>99</sup> TAYLOR, Arthur. *As grandes doutrinas econômicas*. Sintra:Publicações Europa-América, 1975,p.15-16.

<sup>100</sup> TAYLOR, Arthur. *As grandes doutrinas econômicas*. Sintra:Publicações Europa-América, 1975, p.25-26.

abstractas: sendo um instrumento de garantia do livre e igual desenvolvimento dos indivíduos, encobriam a possibilidade de “desiguais poderes sociais” e a “natureza de classe” do Estado.<sup>101</sup>

O Liberalismo clássico postula uma atuação negativa ou uma abstenção do Estado pautada na não intervenção e privilegia a liberdade individual do ponto de vista econômico, social e político. Sobre a ótica do regime político e do sistema jurídico do Estado Liberal o indivíduo deve ser autônomo e livre para exercer suas faculdades, interesses, reivindicações e direitos.

Inexistia na concepção liberal uma problematização quanto a feitura e aplicação da norma pelo processo. A existência da lei era a única e exclusiva forma de obtenção do direito, portanto não havia uma preocupação com os princípios e as garantias fundamentais.

O sistema liberal preconizava a proteção dos direitos individuais, na origem vinculados aos interesses e valores da nova classe social hegemônica que se impões a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII e da revolução industrial. Em contraste às concepções éticas e comunitárias do Estado, este tinha o dever de assegurar os espaços privados e da liberdade individual. É o Estado absolutista vinculado à garantia de segurança, por meio da coerção advinda do “monopólio da violência”, do poder de polícia e da atividade jurisdicional. De acordo com critérios construídos neste paradigma ( marxistas, socialistas democráticos, social-democratas, correntes sócias cristãs), a atuação do Estado priorizava assegurar a vida, a segurança, a propriedade e a liberdade de negócios das classes dominantes. A luta contra o modelo liberal e privatista remonta a sua própria origem.<sup>102</sup>

Considerando a atuação ou o papel discreto, mínimo e restrito a ser exercido pelo Estado na consecução das suas finalidades Canotilho sintetiza a proposição teórica do sistema do Estado Liberal

Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (‘Estado de Polícia’, ‘Estado gendarme’, ‘Estado guarda nocturno’), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto os *direitos fundamentais liberais* decorriam não tanto de uma

<sup>101</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994, p.43.

<sup>102</sup> SOUSA, Patrus Ananias. *Processo Constitucional e devido processo legal. In: Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001. p.73. (Dissertação de Mestrado)

declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma *esfera de liberdade individual*.<sup>103</sup>

Em 1690, alterando o rumo das concepções políticas e filosóficas, foi publicada a obra “*O segundo tratado sobre o governo civil*”, escrita por John Locke (1632-1704), cronologicamente, representa o primeiro estudo e trabalho teórico sobre as justificativas e as proposições liberais, impondo o ritmo e a tônica do Liberalismo. As teorias e os demais pensadores liberais apresentam adesão e filiação às idéias desenvolvidas pelas concepções lockianas.

John Locke disserta sobre o “estado natural”, no qual os homens viviam em um primeiro momento histórico, antecedendo ao surgimento de um “estado social”. No “estado natural” inexistia o exercício de uma autoridade, os homens desfrutavam de uma liberdade ampla e plena e usufruíam diretamente do seu trabalho. Assim, o Estado veio a ser criado através de um pacto ou contrato, destinado a garantir os direitos naturais do homem, dentre os quais o direito de propriedade, abrindo-se mão ou cedendo parte de seus direitos para o Estado, este organizava e institucionalizava as atividades de governar, de julgar e de punir, bem como a defesa no plano externo em nome dos homens, superando o pensamento e as teorias propostas por Thomas Hobbes ( 1588-1679), autor da obra “*Leviatã*”, publicado em 1651.

A liberdade pode ser estudada e trabalhada no Estado Liberal dentro da concepção de John Locke, que não contemplava aprofundada reflexão crítica, dado as limitações do contexto histórico, assim a liberdade dos homens sob o governo importa em ter regra permanente pela qual viva, comum a todos os membros dessa sociedade e feita pelo Poder Legislativo nela erigido: liberdade de seguir a própria vontade em tudo quanto a regra não prescreva<sup>104</sup>. Montesquieu reafirma e reforça a visão de Locke ao enunciar: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”<sup>105</sup>, concretização compreendida por Benjamin Constant como a liberdade negativa dos modernos, pois se confrontado com tais proposições da época, termina por apontar seu caráter eminentemente positivo.

---

<sup>103</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional teoria da Constituição*.3.<sup>a</sup>ed., reimp. Coimbra:Almedina, 1999, p.93.

<sup>104</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Os pensadores: Locke. Cap IV, parágrafo 22. São Paulo Abril Cultural, 1978.p.43.

<sup>105</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *De l' esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, [s.d.]

A exacerbada postura atomística<sup>106</sup> e privatística defendida pelo Estado Liberal na construção, na interpretação e na aplicação do Direito conduziu a sociedade para um capitalismo avassalador e desenfreado. O capital passa a ocupar local de destaque no sistema provocando desigualdades sociais, políticas, econômicas e miséria, tornado-se questionável o papel das instituições e a extensão-alcance-dos direitos .

O Estado passa a ser caracterizado por limites e excludentes de atuação ou intervenção em face dos direitos individuais. A suposta revolução quanto à forma de liberdade e igualdade proposta para a sociedade, revela-se inválida e ineficaz para superar a desigualdade econômica, jurídica, política e social, portanto não há efetividade e não há democracia.

A partir da metade do século XIX, com precisão, às vésperas do século XX, deflagra-se a transição do Estado Liberal de direito para o Estado Social de direito. O formalismo e a inexistência de efetividade das demandas sociais justificam a transposição e ruptura para o Estado Social, compartilhando o entendimento compilado por Cíntia Lages

A passagem do paradigma do Estado Liberal ao Estado Social ocorre em função das demandas sociais, as quais o Estado Liberal mostrou-se completamente incapaz de responder. A mera previsão em textos constitucionais dos princípios da igualdade, liberdade e propriedade não foram suficientes para que os mesmos fossem concretamente garantidos.<sup>107</sup>

Lucas Verdú, reportando-se ao pensamento de Tocville, afirma a ocorrência de acomodação ou conformação entre o liberalismo e a democracia problematizando aspectos centrais. Fazia-se necessário equacionar os avanços democráticos verificados a partir do reconhecimento e da prática da liberdade, impondo-se no respeito das minorias e contenção dos excessos da maioria, sendo imprescindível a inserção das massas nas instituições públicas. O quadro sócio- econômico sofreu profundas modificações com a expansão da indústria e o surgimentos de problemas colaterais derivados, resultando na inadequação da proposição liberal clássica.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Esta visão atomística de sociedade é tipicamente democritiana, tendo por referência a proposta de Demócrito relacionando-se ao pensamento da Escola Jônica e Eleática há uma símile com o termo átomos. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra :Armênio Amado, 1979, p.33.

<sup>107</sup> LAGES, Cíntia Garabini. *A inadequação do processo objetivo à luz do modelo constitucional do processo brasileiro*. Belo Horizonte: PUC MG, 2002, p.25 ( Dissertação de Mestrado)..

<sup>108</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. 2.ª ed., Madrid:Tecnos, 1992, v.1, p.226.

A ideologia e as propostas defendidas pelo Estado Liberal fracassaram diante da complexidade, diferenciação e peculiaridades dos direitos e interesses do povo não contemplado em suas necessidades, mas compelido à abnegá-las, e privando a participação no exercício do poder. José Luiz Quadros de Magalhães esclarece a transição do Estado Liberal para o Estado Social denunciando as principais vicitudes.

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e facista, a liberal democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos.<sup>109</sup>

Lucas Verdú aponta como marcos característicos no processo de superação do sistema liberal uma releitura e uma redefinição da liberdade. Exemplificando que a liberdade de associação se impôs para ultrapassar a contradição liberal, diante da impossibilidade de se conceber o postulado fundamental de liberdade com a imposição de restrições à criação e funcionamento de instituições coletivas, como sindicatos e partidos políticos. Idêntico raciocínio aplica-se ao sufrágio universal quanto ao postulado de liberdade no contexto de legalidade.<sup>110</sup>

Revela-se uma postura neutra e distante do Estado Liberal, enquanto espécie de sistema de Estado de Direito, diante dos problemas e conflitos humanos da coletividade transformando-se em crises e revoluções as quais atingiram proporção mundial. A incapacidade, a ingerência e a decadência do liberalismo, sobretudo econômico, tornou inevitável a transposição para o paradigma do Estado Social.

O paradigma do Estado Social surge da superação do Estado de Direito, principalmente em virtude da acumulação de capitais e propriedades em mãos de

---

<sup>109</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.44

<sup>110</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. 2.ª ed., Madrid:Tecnos, 1992, v.1, p.227.



poucos, em decorrência do modelo antecedente, criticado pelos teóricos do comunismo, do socialismo e do anarquismo.<sup>111</sup>

As lutas sociais e as proposições teóricas desenvolvidas no curso do século XIX conduziram no início do século XX, ao surgimento do Estado do Bem- Estar tendo como marcos a Constituição mexicana, em 1917, e a alemã , em 1919 (Weimar), a Primeira Guerra Mundial, no período de 1914 até 1918, a revolução Russa , em 1917 e a segunda Revolução Industrial. Institui-se um Estado intervencionista, previdenciário, *Welfare State*, engajado, a partir de pressões oriundas dos grupos e movimentos sociais, em implementar políticas de desenvolvimento econômico e social. Aos direitos civis e políticos agregam-se os direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>112</sup>

Consolidam-se os direitos do trabalho, sindical e previdenciário, e as fundamentais conquistas vinculadas com estas matérias ou disciplinas do Direito são constitucionalizadas, simultaneamente o Estado ampliando e intensificando sua atuação assume crescentes responsabilidades nos investimentos de infra-estrutura (energia elétrica, transportes, telecomunicações, saneamento básico) e nas áreas sociais (educação, saúde, cultura, trabalho, habitação, lazer, proteção dos mais fracos, como os idosos, crianças, portadores de cuidados especiais, comunidades indígenas e culturas mais frágeis e minoritárias). Os trabalhadores são reconhecidos como novos protagonistas no sistema das relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas.<sup>113</sup>

O Estado Social de Direito busca uma ampliação de sua estrutura redefinindo e reorganizando suas atividades- funções- e suas finalidades, diversificando ou multiplicando suas formas e mecanismos de atuação e intervenção em setores da sociedade dominados pela iniciativa privada. Para Vilanova tal fenômeno é avaliado nas suas interfaces pela diversificação das expressões utilizadas nas designações do Estado.

Essa ampliação do conteúdo estatal projeta o Estado como Estado-administrativo, o Estado de serviços públicos. O alargamento de funções prestacionais, confere-lhe o

---

<sup>111</sup> PELEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. *O paradigma do Estado Democrático de direito e as teorias do processo*, p.4. VirtuaJus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC- Minas, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.puc.minas.br/VirtuaJus/prod-docente-ano1-2004.htm>. Acesso em 07/09/2006.

<sup>112</sup> SOUSA, Patrus Ananias. *Processo Constitucional e devido processo legal*.In:*Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*.Belo Horizonte:PUC-MG, 2001.p.75.(Dissertação de Mestrado).

<sup>113</sup> SOUSA, Patrus Ananias. *Processo Constitucional e devido processo legal*.In:*Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*.Belo Horizonte:PUC-MG, 2001.p.75.(Dissertação de Mestrado).

papel de agente do bem estar do maior número possível: É o Estado controlador da produção do consumo, o Estado -gerente, o Estado- administrador, o Estado-banqueiro, o Estado-educador, o Estado-árbitro dos valores artísticos e científicos.<sup>114</sup>

O Estado Social de Direito apresenta uma proposta ideológica de fazer-se, praticamente, onisciente, onipresente e onipotente em atender os pleitos e solucionar os problemas para o cidadão, para o povo e para a sociedade. O Estado Social pode ser avaliado pela tentativa milenar e proposta utópica de assegurar a justiça indistintamente, ou o pleno acesso à justiça, não obstante o avanço das ações populares.

A proteção do interesse coletivo ocorre por meio do dever constitucional ou dentro dos limites do direito público subjetivo mas também através das Ações Populares. O Estado Contemporâneo caracteriza-se pelo aumento da proteção aos interesses coletivos, por via constitucional, através de melhor sistematização nos textos constitucionais.<sup>115</sup>

O paradigma do Estado Social de Direito, também intitulado Estado do Bem- Estar Social, ou Estado-Providência ou *Welfare State* afasta a neutralidade e a equidistância do Estado Liberal de Direito. Não mais se concebe a sociedade formada como um grupo de indivíduos proprietários, mas uma sociedade complexa e conflituosa, onde reúnem-se grupos e instituições com interesses e direitos divergentes e insatisfeitos que não encontram consenso ou harmonia.

O Estado no paradigma social passa a criar políticas públicas para melhoria de qualidade de vida, intervindo, economicamente, com uma proposta de bem -estar, implicando em manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, buscando uma suposta compensação das desigualdades sociais pela prestação estatal de serviços e concessão de direitos sociais, a Constituição é medida material da sociedade, prescrevendo programas políticos, procedimentos e competências.<sup>116</sup>

Surge o que convencionou-se designar de clientelismo, em virtude do cidadão passar a ser tratado como verdadeiro cliente do Estado. Coexistindo com a designação de paternalismo, em decorrência do cidadão imaginar ser ou estar filiado a órgãos ou instituições do Estado ou ao próprio Estado, cogitando-se numa pressuposta sociedade fraterna, atribuindo

---

<sup>114</sup> VILANOVA, Lourival. *Fundamentos do Estado de Direito*. Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 43 e n.º 44, julho/dezembro de 1977, p.27.

<sup>115</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense 1984., p.143

<sup>116</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte:Del Rey,1998, p.40-41

sustentação ideológica e conferindo reforço de retórica a idéia de tutela e por exemplo ao lema “proteger e servir” e “tudo pelo social”, havendo ampla difusão e massificação pela mídia.

O Estado do Bem –Estar Social, além de reconhecer os direitos sociais (trabalhistas e previdenciários), passa a se preocupar com os direitos coletivos<sup>117</sup> (consumidor, criança, adolescente, meio ambiente, patrimônio público e cultural, dentre outros). O pensamento de Canotilho reproduz a transformação sofrida pelo Estado Liberal de Direito reforçando a preocupação com os direitos coletivos.

De uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito de exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar a prestação aos cidadãos).<sup>118</sup>

Ainda que considerados os marcos da democracia representativa, o Estado do Bem-Estar Social assume formas, se não autoritárias, pelo menos paternalistas. É o paradigma de um Estado Constitucional tentacular, extremamente atuante e controlador, asfixiando e inviabilizando os espaços de cidadania, participação e responsabilidade das pessoas, dos grupos de interesse e da sociedade. O Estado do Bem-Estar assumiu, nas experiências ditatoriais, usando a metáfora da psicanálise, a forma do pai repressor e punitivo, ou incorporou, nas experiências democráticas, o pai excessivamente zeloso e protetor que tudo faz e resolve para os filhos, impedindo o desenvolvimento de sua liberdade e senso de responsabilidade individual e coletiva.<sup>119</sup>

O Estado do Bem –Estar Social procura a todo custo e a toda prova impedir - prevenir- e reprimir-compor- os conflitos, as demandas, as crises, os acidentes, as catástrofes, as lides e

---

<sup>117</sup> “essas características esvanecem-se com o advento do estado social, eis que muda a forma da lei. De fato, com o surgimento do Welfare State, as leis caracterizam-se muitas vezes por veicular prestações sociais, propiciando a irrupção de uma racionalidade não mais formal, correspondente ao estado liberal, mas material. Assim o direito perde o seu caráter nomodinâmico, como pretendia Kelsen, aproximando-se dos sistemas morais, caracterizados pela dedutibilidade das normas a partir de outras por relação aos seus conteúdos.” CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.141-2.

<sup>118</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.365.

<sup>119</sup> SOUSA, Patrus Ananias. *Processo Constitucional e devido processo legal. In: Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001, p.77. (Dissertação de Mestrado).

as comoções. Afigura-se um fortalecimento da intervenção do Estado nos espaços de privacidade e autonomia individual.<sup>120</sup>

Existem processualistas contemporâneos cultores e defensores do Neoliberalismo que o assemelham com o Estado Social de Direito na interpretação e na compreensão dos sistemas trabalhando o termo tutela jurisdicional como dirigismo e protecionismo estatal. Apresenta-se uma crítica ao direito subjetivo como sendo característico e típico da igualdade formal.<sup>121</sup>

O conceito de liberdade é redefinido dado a amplitude do espectro de ressonância para o cidadão, para o povo e para a sociedade, no Estado Social. O surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos econômicos e sociais) exige a reavaliação e reinterpretarão dos direitos fundamentais de primeira geração, ampliam o horizonte do humano e implicam no aprimoramento e na abertura do sistema jurídico.

A liberdade não mais pode ser considerada como direito de fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco na relação, ou seja a internalização na legislação de uma igualdade não apenas formal, mas tendencialmente material.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> SOUSA, Patrus Ananias. Processo Constitucional e devido processo legal. *In: Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001. p.77. (Dissertação de Mestrado).

<sup>121</sup> “No último quartel do século XX, o retorno à plenitude democrática não pode significar a adoção dos esquemas clássicos do liberalismo. Uma vez afastadas as formas de regime autoritário, o aspecto político da economia capitalista é hoje representado pelo Welfare State. O Estado, que não é mais visto como garantidor externo da sociedade, como regulador da disciplina de relações individuais, torna-se parte ativa no processo econômico social, cabendo-lhe a tarefa de organizar e recompor diretamente a sociedade civil, mediante a redistribuição da plusvalia a camadas cada vez mais amplas da população. O neoliberalismo se propõe, assim, a tutela de valores sociais e não mais os do indivíduo abstratamente considerado. Na medida que o fenômeno econômico perde suas leis naturais e reclama a ação dirigista do homem, a economia torna-se a resultante de intervenções manifestamente política. De outro lado, solicitações institucionais e sociais provocam tendências antagônicas com relação às classes dominantes, num panorama da conscientização das classes emergentes. Sobra, com isto, o que foi considerado como instituto mais representativo do sistema jurídico clássico burguês: o direito subjetivo. Direito subjetivo que era a manifestação da igualdade formal, legitimando a desigualdade substancial; a expressão da liberdade formal legitimando a sujeição substancial; o símbolo de pacífica convivência, legitimando opressões e prejuízos à esfera privada alheia. Centro de todo o sistema era o indivíduo – foram e individualmente pacífico-, investido do exercício de direitos subjetivos, legitimando o prejuízo acarretado a que de outro direito subjetivo não fosse titular, ainda que o prejuízo se refletisse sobre meros interesses ou até sobre interesses juridicamente qualificados. Era um quadro político, econômico e social estruturalmente renovado, a figura exclusiva do direito subjetivo, em seu enfoque tradicional, não mais pode prevalecer” GRINOVER, Ada Pelegrini. *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, São Paulo, 1978, p.3-4.

<sup>122</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas- ilícito do Estado- igualdade de todos diante dos encargos públicos- princípio da continuidade da empresa-Estado democrático de direito*. 1996. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, p.138-139, jul/dez.

Os problemas causados pelo individualismo do Estado de Direito contribuíram para a deflagração de movimentos sociais, estes denunciaram e revelaram a incapacidade das liberdades burguesas, possibilitaram a tomada de consciência da necessidade de justiça social e de um processo coletivo. Essa consciência foi a gênese do Estado do *Welfare State*, o capitalismo exacerba os meios de produção e o consumo, capazes de proporcionar o bem-estar social geral.<sup>123</sup>

Contudo não obstante a grade relevância como Estado Material de Direito, o Estado Social apresentou deficiências, pois a formalização e a significação do conceito de social, como direito e estado, é polissêmico e induz a ambigüidade. As ideologias constroem conceitos e definições para o social e para o direito, estas podem acolher e contemplar uma concepção do Estado Social de Direito, exceto a ideologia marxista, que não confunde ou distorce o social com o socialismo, distinguindo claramente os termos, o equívoco pode resultar em conseqüências desastrosas, a Alemanha nazista, a Itália facista, a Espanha franquista, Portugal salazarista e Brasil populista-getulista (Estado Novo) foram Estados Sociais<sup>124</sup>, estes lançaram a humanidade em um novo, desastroso e devastador conflito da técnica armada alastrando-se em proporções mundiais.

O paradigma do Estado do Bem-Estar conheceu diferentes efeitos quanto às aplicações práticas da perspectiva intervencionista. Convivemos com os modelos democráticos que suportaram ao desastre político do autoritarismo, do nazi-facismo ao stalinismo, passando pelo salazarismo, pelo franquismo e, no Brasil, pela modernização ditatorial ou totalitária e populista imposta por Getúlio Vargas.<sup>125</sup>

As democracias remanescentes resistiram ancoradas nos princípios da social-democracia, do keynesianismo e da democracia cristã. Almejava-se obter uma conciliação entre os direitos e garantias individuais e os direitos sociais e econômicos.<sup>126</sup>

Pode-se analisar duas faces do Estado Social, de um lado, direitos advindos da omissão do Estado destinados a preservar e respeitar os espaços do indivíduo e da sociedade; de outro, direitos que se aperfeiçoavam na exigência de uma ação ou atuação direta e eficaz do Estado (como uma intervenção cirúrgica) para corrigir anomalias e distorções, injustiças e

---

<sup>123</sup> CHAVES, Terezinha Ribeiro. Provimento: ato decisório ou resultante lógico da decisão. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol II. p.110.

<sup>124</sup> CHAVES, Terezinha Ribeiro. Provimento: ato decisório ou resultante lógico da decisão. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol II. p.110.

<sup>125</sup> SOUSA, Patrus Ananias. Processo Constitucional e devido processo legal. In: *Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001. p.75. (Dissertação de Mestrado)..

<sup>126</sup> SOUSA, Patrus Ananias. Processo Constitucional e devido processo legal. In: *Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001. p.75. (Dissertação de Mestrado).

desigualdades regionais e sociais, normatizar e disciplinar o mercado, proteger os economicamente fracos, impor o princípio da função social da propriedade.<sup>127</sup>

O pensamento e o projeto idealizado pela proposta do Estado Social foi desgastando-se e revelando a incapacidade, a fragilidade e a vulnerabilidade na implementação dos direitos fundamentais, gerando protestos e reivindicações da sociedade insatisfeita ou inconformada. A intensificação dos movimentos sociais que marcaram a segunda metade da década de 60, destacando-se, o da nova esquerda, o estudantil de 68, o pacifista, o ecologista e o movimento pelos direitos das minorias comprovam as duras críticas e descréditos ao Estado Social, cuja crise levou à construção do Estado Democrático de Direito.<sup>128</sup>

## 2.2 Estado Democrático de Direito

A passagem ou a transição do Estado do Bem-Estar Social para o Estado Democrático de Direito foi gradual e diversificada por fatos complexos<sup>129</sup>. Novos problemas enfrentados pela humanidade provocaram uma mudança na técnica, na ciência, nas teorias, na crítica e na sociedade, dentre os quais o aumento da população mundial, a degradação da saúde mundial,

<sup>127</sup> SOUSA, Patrus Ananias. Processo Constitucional e devido processo legal. *In: Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001. p.75. (Dissertação de Mestrado).

<sup>128</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.43.

<sup>129</sup> “ Com o final da Segunda Guerra Mundial, o modelo do Estado Social já começava a ser questionado, conjuntamente com os abusos perpetrados no campos de concentração e com a explosão das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, bem como pelo movimento *hippe* na década de 60. No entanto, é no início da década de 70 que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se com toda sua dimensão. A própria crise econômica no bojo da qual ainda nos encontramos coloca em xeque a nacionalidade objetivista dos tecnocratas e do planejamento econômico, bem como a oposição antiética entre a técnica e a política. O Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas. As sociedades hipercomplexas da era da informação pós-industrial comportam relações extremamente intrincadas e fluidas. Tem lugar aqui o advento de direitos de 3.<sup>a</sup> geração, os chamados interesses e direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros. São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser nitidamente determinados. O Estado quando não diretamente responsável pelo dano verificado foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação, criando uma situação difusa de risco para a sociedade. A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passa a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo. Os direitos de 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> geração ganham novo significado. Os de 1.<sup>a</sup> são retomados como direitos ( agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público, que informa e conforma a soberania democrática do novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto.” CARVALHO NETTO, Menelick de. Menelick de. *Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas- ilícito do Estado- igualdade de todos diante dos encargos públicos- princípio da continuidade da empresa-Estado democrático de direito*. 1996. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, p.141, jul/dez.

as armas de destruição em massa, a conquista do espaço por aeronaves tripuladas, a vulnerabilidade dos governos, a destruição do meio ambiente, o descontrole no combate de doenças, a multiplicidade de violência, a biotecnologia, a alta tecnologia de comunicação e os atentados terroristas, dentre outros fatos são responsáveis em produzir consequências jurídicas imprevisíveis nos ordenamentos jurídicos e à Ciência Jurídica.

O Estado Democrático de Direito surge como um novo sistema de Estado de Direito o qual objetiva possibilitar ou viabilizar através de seus procedimentos e de suas instituições a prática de um direito democrático. A construção da estrutura das idéias e da forma de exercício do poder do Estado Democrático de Direito aspira a superação dos paradigmas e das críticas dirigidas ao Estado Liberal de Direito e ao Estado Social de Direito.<sup>130</sup>

O Estado Democrático de Direito apresenta identidade de princípios com o Estado de Direito não havendo entre eles total incompatibilidade ou divergência. Exemplificado como alguns princípios comuns ao Estado Democrático de Direito e ao Estado de Direito: o princípio da reserva legal, a existência de um ordenamento jurídico, a separação de atividades ou funções estatais e não de poderes, agregando-se o princípio democrático, o qual compreende a efetiva atuação e participação dos destinatários na construção dos provimentos ou das decisões<sup>131</sup>, resultando num avanço significativo para a democracia.

O paradigma do Estado Democrático de Direito admite a leitura como Estado de Direito Democrático, designação que pode ser adequada e válida, pois em análise técnica, científica, teórica e crítica, o Estado seja ele autocrático ou não, poderá ser um Estado de Direito. A democracia ou o direito democrático pode ser interpretado e compreendido como

---

<sup>130</sup> “ A partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem –Estar denunciado os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre o capitalismo e democracia- quanto ao Estado de socialismo real- a formação de uma burocracia autoritária desligada das aspirações populares-, cunha a expressão Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito passa a se configurar como uma alternativa de superação tanto do Estado de Bem –Estar quanto do Estado de socialismo real.Socialistas democráticos, democratas radicais e socialistas cristãos cocebem, então, o Estado Democrático de Direito como uma organização política, que possibilitaria a transição democrática do socialismo” OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.*Tutela jurisdicional e estado democrático de direito* . Belo Horizonte:Del Rey, 1998, p.43

<sup>131</sup> Reportando-se a pensamento desenvolvido por Habermas ao trabalhar a idéia de autolegislação, obteremos reflexão quanto a prática de um direito democrático, contudo procede a crítica quanto ao fato de Habermas não ser jurista e nem processualista e não demarcar e esclarecer o conteúdo e o fundamento do processo e do procedimento, havendo limites para o debate teórico- epistemológico e ressalvas para aplicação de seu pensamento no contexto da realidade brasileira. “ A idéia da autolegislação de *civis* exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. V.2.Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997., p.157.

atributo, característica, predicativo ou qualidade do Direito e não do Estado<sup>132</sup> não havendo perda de esclarecimento ou de conteúdo<sup>133</sup>.

Podemos visualizar o Estado de Direito e o Estado Democrático como princípios conexos e normas jurídicas constitucionalizadas. O Estado democrático não pode ser compreendido senão na perspectiva do Estado de direito, tal como existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito submetido a regras jurídicas<sup>134</sup>.

A investigação e a reflexão sobre a democracia é propedêutica à visualização do Estado Democrático de Direito. Kelsen apesar de não ter oportunidade de trabalhar na perspectiva deste paradigma realizou importante contribuição apresentando pontos cruciais e princípios epistemológicos para os estudos e pesquisas que o sucederam.

Democracia significa identidade de governantes e governados, de sujeito e objeto do poder, significa império do povo sobre o povo. Todavia, o que é povo? Pressuposto fundamental da democracia é que a pluralidade de seres humanos forme nela uma unidade. Para isso é o “povo”, como unidade, tão essencial que não é apenas objeto senão algo mais, a saber, sujeito do poder. Pelo menos na esfera abstrata deve ser isto. Contudo, não há nada mais problemática para uma consideração dirigida à realidade do fato do que precisamente aquela unidade que aparece sob a designação de povo.<sup>135</sup>

O exercício da atividade jurisdicional implica na responsabilidade inafastável do Estado. O Estado deve democratizar o acesso à jurisdição dos cidadão não apenas pela

---

<sup>132</sup> DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003., p.23.

<sup>133</sup> “Atualmente, a concepção de Estado de Direito não basta ao exercício do Direito em sua plenitude, porque o Estado autocrático também é um Estado de Direito, com seu povo sua soberania formal, sua constituição, seus parlamentos e seus tribunais regidos por leis restritivas de liberdade, dignidade política e econômica, impeditivas do exercício da cidadania e da liberdade de ampla crítica e participação popular na criação e reconstrução do Estado” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 6.ed. São Paulo; Thomson-IOB, 2005.p.49.

<sup>134</sup> BRÊTAS C DIAS, Ronaldo. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito* Revista da Faculdade Mineira de Direito v.7, ns. 13 e 14, p.157. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 2004

<sup>135</sup> O texto original é o seguinte: “Demokratie bedeutet Identität von Führer und Geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft des Volkes über das Volk. Allein was dieses Volk? Dass eine Vielheit von Menschen in ihm zu einer Einheit sich gestaltet, scheint eine Grundvoraussetzung der Demokratie zu sein. Für diese ist das Volk als Einheit um so wesentlicher, als es hier nicht nur, ja nicht so sehr Objekt als vielmehr Subjekt der Herrschaft ist oder doch der Idee nach sein soll. Und doch ist für eine auf die Wirklichkeit des Geschehens gerichtete Betrachtung nichts problematischer als, gerade jene Einheit, die unter dem Namen des Volkes auftritt.” (tradução livre) KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Zweite Auflage: Tübingen, 1929, p.14-15.



tecnologia, mas pelo devido acesso à prova e pelo processo constitucional, o qual se traduz em um modelo eminentemente democrático, reflexo da efetiva soberania popular.

O Estado Democrático de Direito não se contenta com uma democracia formal e representativa, mas exige a existência de uma democracia participativa e efetiva, depreendendo-se como garantia fundamental do cidadão e do povo pelo processo, garantia fundamental propedêutica. O processo possibilita contínua construção e eventual desconstrução do Estado Democrático de Direito, tal como depreende Menelick de Carvalho Netto.

A relação entre público e privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado e omissivo. Os direitos de 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> geração ganham novo significado. Os de 1.<sup>a</sup> são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto.<sup>136</sup>

No sistema do Estado Democrático de Direito o dilema ou impasse proveniente de dicotomias ou paradoxos incorporados pela ciência jurídica e pela ciência processual são colocados em evidência, enfrentados, interrogados, desconstruídos e em ato contínuo superados ou ultrapassados, tais como: Direito e Filosofia do Direito; público e privado; direito constitucional e direito infraconstitucional; direito material e direito processual; direito substantivo e direito adjetivo; direito internacional e direito nacional (interno); processo e procedimento; jurisdição e judicção; direito juridificante (juridificar/implantar) e direito jurisdicizante (jurisdicizar/homologar); tutela (prestação) jurisdicional e atividade jurisdicional, dentre outros..

Insustentável almejar-se construir regime democrático por intermédio da inserção, em seu projeto de organização de mecanismos e institutos típicos a regime que seja antagônico.<sup>137</sup> A superação do velho modelo corporativista autoritário brasileiro é um desafio inadiável à construção sólida e consistente experiência democrática no país.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v.3, p. 481, maio 1999.

<sup>137</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *A democratização do modelo sindical brasileiro e a convenção 87 da OIT*. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.3, ns. 5 e 6, p.214. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 2000.

<sup>138</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *A democratização do modelo sindical brasileiro e a convenção 87 da OIT*. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.3, ns. 5 e 6, p.217. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 2000.

Na verdade não parece existir democracia que se consolide e se sustente sem o eficaz tratamento institucional à equação liberdade/responsabilidade. A conceituação democrática de responsabilidade é bilateral e dialética, envolvendo o detentor do poder institucionalizado e aquele a quem se reporte o poder (*responsability e responsiveness*): como já foi afirmado quem está representando ou detendo alguma parcela de poder institucionalizado tem de responder perante seus representados, de modo institucional e permanente. Sem esse mecanismo de reporte e controle permanente pelo representado, é inviável construir-se experiência democrática sólida e eficaz.<sup>139</sup>

O sistema do Estado Democrático de Direito enfrenta e confronta uma série de desafios que comprometem sua legitimidade. O Estado Democrático de Direito sinaliza para a perspectiva da responsabilidade de governantes e governados, o neoliberalismo e a globalização trabalham na linha da dispersão e da fragmentação, para possibilitar maiores ganhos e lucros, na concepção de mercado e da Economia.<sup>140</sup>

O Estado Democrático de Direito apresenta uma proposição ou projeto de democracia a ser operacionalizado pela participação do cidadão ou do povo. Propiciando esclarecimento e reflexão devemos investigar trabalhos científico contemporâneos que objetivam a prática de um direito democrático.

A democracia não é algo acabado, consiste na participação de todos os destinatários, quer da lei ou do provimento, na produção, aplicação, interpretação e fiscalização incessante da constitucionalidade (co-intuições). O exercício da democracia não se limita à participação do povo nas eleições.<sup>141</sup>

Não existe democracia ou sociedade acabada, pressuposta, universal, homogênea e infalível, pois cada Estado possui realidades complexas divergentes implicando em projetos de construções jurídico-políticas diversificados. O direito democrático exige possibilidades de controle e de fiscalização pelo cidadão e pelo povo, interlocutores permanentes na construção do Estado.

O Estado Democrático de Direito distribui igualmente o poder e racionaliza-o, domesticando a violência, convertendo-se em império das leis no qual

---

<sup>139</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *A democratização do modelo sindical brasileiro e a convenção 87 da OIT*. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.3, ns. 5 e 6, p.214. Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 2000.

<sup>140</sup> SOUSA, Patrus Ananias. *Processo Constitucional e devido processo legal*. In: *Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001. p.75. (Dissertação de Mestrado).

<sup>141</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.104.

se organiza automaticamente a sociedade. Este tipo de Estado não é estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável, cuja finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direito, para institucionalizá-lo mais adequadamente e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente.<sup>142</sup>

A democracia grega, a democracia norte-americana ou a democracia europeia certamente não são idênticas a democracia brasileira, sendo pertinente a crítica quanto a importação de modelos e sistemas legais incompatíveis com a nossa realidade. Quanto as construções de nossos códigos parafraseando Savigny, tanto quanto o direito, os códigos são obra do tempo e não para o tempo, como afirma Ribeiro de Vilhena.

Historicamente, harmoniza-se com a índole de um povo e com suas tradições jurídicas. Implanta-se como uma operação de acabamento e de depuração na evolução jurídica de um Estado e há de refletir, por isso a maturidade jurídica da sociedade a que se aplica, a sedimentação que se institucionaliza, sob pena de transformar-se em puro artificialismo ou decalque de sistemas estrangeiros<sup>143</sup>

Dever-se-ia instaurar um discurso aberto e dinâmico quanto aos critérios de elaboração e aplicação e aos conteúdos da decisão e da norma. A inteligência dos textos normativos exige uma prática democrática contínua e efetiva e não uma participação aparente e estatística, tornado-se questionável a legitimidade ou a legitimação normativa.

Uma decisão somente retratará as expectativas socialmente compartilháveis se for construída por todos os destinatários e não pressuposta em algum momento anterior. Não bastam leis democráticas, por si só, são necessárias implicações hermenêuticas (interferência intelectual) dos destinatários da norma do provimento.<sup>144</sup>

O paradigma democrático pressupõe e aperfeiçoa-se na falibilidade do sistema, este exige legitimidade dinâmica e contínua, por intermédio do devido processo legislativo e do

---

<sup>142</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado-O substrato clássico e os novos paradigma como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001., p.306.

<sup>143</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*, 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1999, p.32.

<sup>144</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte:Fórum, 2005.p.104.

devido processo legal regidos e operacionalizados pelo devido processo constitucional. É o regresso da lei à processualidade jurídica, que garante a sua legitimidade normativa.<sup>145</sup>

O Estado Democrático de Direito preleciona uma rotina de legitimação e de legitimidade do Direito pelo cidadão ou pelo povo o qual não se traduz na projeção estatística da pesquisas. Müller evidencia e questiona esse procedimento, do ponto de visualização e compreensão da legitimidade do Direito

O povo ativo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “o povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [*Kreislauf*] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático).<sup>146</sup>

No ciclo do espaço e do tempo do Estado Democrático de Direito coexistem instituições, ideologias, grupos, organizações e procedimentos complexos, dinâmicos e múltiplos<sup>147</sup>, o que exige um esforço hermenêutico para os operadores e pesquisadores do

<sup>145</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte:Fórum, 2005.p.105.

<sup>146</sup> MÜLLER, Friedrich . *Quem é povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann.2.ed., São Paulo: Max Limond, 2000, p.59-60.

<sup>147</sup> “ O Estado Democrático de Direito, assumido oficialmente no Brasil com a Constituição de 1988, sofre o duro impacto do neoliberalismo e da globalização do capital. A queda do socialismo real dá ao capitalismo a arrogância de um poder triunfante, incontrastável e avassalador, como se fosse o último capítulo da história e da aventura humanas. O neoliberalismo, retomando alguns princípios do velho liberalismo econômico, flexibiliza e reduz os direitos sociais, especialmente os direitos trabalhistas e previdenciários, em nome do individualismo e da liberdade contratual; reduz os espaços de decisão e soberania, portanto de responsabilidade, das nações emergentes. Organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, as grandes corporações empresarias transnacionais e os grupos financeiros, que não são passíveis de nenhuma forma de controle e de responsabilidade, não são eleitos, não assumem compromissos nem prestam contas passam a decidir as políticas econômicas e as prioridades de investimentos. O mercado, mais especificamente as bolsas de valores, liberto das normas e disciplinas reguladoras, passa a decidir a vida das pessoas. A economia é definida pelos aplicadores e oscilações das bolsas. O mercado torna-se , inclusive, um ente personificado: sente, pensa, reage, fica nervoso, instável, calmo... Enquanto isso, as pessoas se despersonalizam e se afastam de seus desejos, necessidades e sentimentos mais íntimos e profundos. O Estado se recolhe e reduz sua presença nas relações sociais e políticas públicas. A vida, a educação, o trabalho, a saúde tornam-se bens ou valores de mercado. Os sindicatos e os movimentos sociais são vistos com desconfiança em face das exigências do mercado e da estabilidade econômica. Surgem restrições à participação popular e os conflitos, inerentes à emergência do sujeito de dos movimentos sociais, são vistos como manifestações perigosas à ordem estabelecida. O projeto neoliberal, respaldado no consenso de Washington, reivindica a autoridade de pensamento único. Há uma desqualificação *a priori* do pensamento e da prática oposicionistas e de resistência, como coisas fora de moda. No Brasil, em pouco mais de dez anos, a Constituição sofreu mais de trinta emendas, quase todas procurando moldá-la às novas exigências e realidades do mercado e do modelo econômico dominante. Os capitais voláteis entram e saem dos países, sem nenhum controle ou normatização, através dos modernos e ágeis instrumentos da informática. O Executivo, como se fosse um novo Poder Moderador, governa, executa e legisla através de medidas provisórias provocando uma verdadeira parafernália legislativa e jurídica” SOUSA, Patrus Ananias. *Processo Constitucional e devido processo legal.In:Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824*.Belo Horizonte:PUC-MG, 2001.p.79.(Dissertação de Mestrado).

Direito. A democracia não mais pode ser entendida como um governo do povo, pelo povo, para o povo e em nome do povo, este pleonasma utilizada na linguagem é contraproducente, insignificante e inócuo para a reflexão de um sociedade democrática e de um processo democrático.

O Estado deve ser questionado, controlado e fiscalizado dentro da estrutura de delimitação do exercício do poder e a partir da organização da sociedade civil e política, impondo-se a participação do povo no debate pertinentes a administração pública e na persecução de direitos e interesses fundamentais. Os agentes públicos recebem um tratamento inovador quanto a prestação de informações e de contas, condicionando suas decisões a devida fundamentação normativa e a comprovação fática.

Quando se trabalha e se viabiliza o Estado Democrático deve se vislumbrar uma sociedade aberta a crítica e a revisão de cada cidadão ou do povo, portanto não se encontra fechada em um modelo normativo pré-determinado ou imposto por suas instituições para o cumprimento e execução de ordens, pressupondo cadeias de comando, hierarquia ou imposição de punições pedagógicas ou de reeducação. A lingüística do direito democrático contida na técnica processual deve primar pela clareza e transparência, logo não se colocar a serviço da ideologia da dominação ou subserviente a projetos não normativos o que resulta no déficit democrático de cidadania

Na construção do paradigma democrático a efetividade processual está conexas a legitimidade, sendo factível quando os destinatários das normas se tornam seus autores, avaliando-se um reciprocidade. Os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental estruturante do devido processo legal.<sup>148</sup>

A legitimidade do Estado Democrático de Direito, os direitos de sufrágio e de voto pressupõem direitos fundamentais, como as liberdades de consciência, de opinião, de reunião e de associação, pois, em hipótese contrária, o titular dos direitos de sufrágio universal e de voto, não poderia decidir livremente sobre como exercitar seus direitos políticos. Idêntico tratamento aplica-se à liberdade sindical e ao direito de propriedade<sup>149</sup>

Os direitos fundamentais asseguram a liberdade do Estado e a liberdade no Estado, pois a democracia tem necessidade de um cidadão político que utilize e efetive seus direitos. No entanto, apenas aquele que possui acesso aos direitos fundamentais pode exigir dos

---

<sup>148</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.p.105-106.

<sup>149</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucionale direitos fundamentais*. Belo Horizonte:Del Rey, 1992. p. 413.

governantes o cumprimento de suas obrigações e suas responsabilidades<sup>150</sup> não sob um aspecto contratual ou obrigacional, mas sob um ponto de vista processual.

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o poder deve se submeter à lei. Mas a sujeição não se cinge ou se limita à formalidade da lei, ou seja, é insuficiente a simples declaração ou mero reconhecimento de direitos, sendo necessário haver meios que possam garantir sua efetividade.<sup>151</sup>

Em exemplo, Portugal é um Estado de Direito Democrático baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização políticas democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais visando a realização da democracia econômica, social, cultural e participativa. Novais leciona a existência de vínculos que sujeitam o Estado de direito democrático contidos na promoção de condições objetivas de desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais e o poder de autodeterminação democrática da sociedade.<sup>152</sup>

A democracia participativa no Estado Democrático de Direito se manifesta na estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos possibilidades efetivas de aprendizado da democracia. A participação nos processos decisórios, de exercício do controle crítico nas divergências de opinião e da produção de *inputs* políticos democráticos.<sup>153</sup>

Nesta modalidade de sistema de Estado de Direito, apenas a implementação ou a concretização dos direitos fundamentais permite ao fato de seus titulares exercer a ampla, efetiva, plena e profícua cidadania no Estado. A cidadania ativa pressupõe um cidadão político apto a fazer valer suas reivindicações perante os governantes que deve arcar as responsabilidades de seus atos.<sup>154</sup>

Exige-se uma análise, que passa pelo próprio termo “acesso à justiça”, compreendido como “acesso à jurisdição”, pois o que se pretende garantir como direito fundamental é o direito ao processo jurisdicional, no qual a decisão será construída a partir da participação dos afetados por ela, ou seja, não se trata de realizar “justiça” ou proferir decisões justas, o que se

---

<sup>150</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucionale direitos fundamentais*. Belo Horizonte:Del Rey, 1992. p. 413.

<sup>151</sup> CHAVES, Terezinha Ribeiro. Provimento: ato decisório ou resultante lógico da decisão. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol II., p.111

<sup>152</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*;Coimbra:Universidade de Coimbra, 1987, p.226.

<sup>153</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucionale direitos fundamentais*. Belo Horizonte:Del Rey, 1992. p. 407

<sup>154</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucionale direitos fundamentais*. Belo Horizonte:Del Rey, 1992. p. 414.

pretende é um processo democrático a partir da garantia do contraditório como simétrica paridade entre os afetados pela decisão jurisdicional.<sup>155</sup>

A democracia ou o direito democrático não admite intervalos ou hiatos de participação pelo cidadão ou pelo povo. O direito democrático não compreende e nem reduz o cidadão a mero e exclusivo eleitor, empregado, consumidor, cliente, excluído ou pobre, a cidadania implica em implementação de direitos fundamentais, mesmo porque a democracia não deve trabalhar com clichês ou rótulos lingüísticos.

A democracia, a exemplo do processo, é incompatível com a doutrinação que corresponde a uma imposição e uma repetição de conhecimentos como verdades absolutas e incontestáveis. A democracia e o processo buscam compreensão, e não doutrinação, pela possibilidade de desvelamento, questionamento, debate e esclarecimento de fatos, de conhecimentos e do percurso intelectual de construção dos fundamentos dos fatos e dos conhecimentos, logicamente, do próprio Direito.

A assertiva difundida quanto a imposição de um tratamento igual aos iguais, no contexto ou na medida de sua igualdade, e desigual aos desiguais, no contexto ou na medida de sua desigualdade implica num pleonasma, numa tautologia ou numa redundância, incabível na linguagem técnica e científica, não condizente ao Estado Democrático de Direito. A estruturação técnica do procedimento em dialeticidade afasta a distinção jurisdicional entre economicamente, politicamente e socialmente igual e desigual<sup>156</sup>, paradoxo a ser eliminado e não perpetuado, na sociedade contemporânea.

Isonomia não se confunde com simétrica paridade, a isonomia é direito-garantia constitucionalizado em vários sistemas jurídicos de características democráticas, esta é referente lógico- jurídico indispensável do procedimento em contraditório- processo. Por conseguinte, é propício esclarecer e diferenciar isonomia e simétrica paridade, porque essa significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático do Direito.<sup>157</sup>

A democracia não pode ser tida como algo que nos é dado, como um dogma, como uma herança histórica, mas deve ser compreendida como projeto de construção de Estado e de

---

<sup>155</sup> PELEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. *O paradigma do Estado Democrático de direito e as teorias do processo*, p.28. Virtujus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC- Minas, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.puc.minas.br/Virtujus/prod-docente-ano1-2004.htm>. Acesso em 07/09/2006.

<sup>156</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 6.ª. ed. São Paulo: IOB- Thomson-, 2005.p.111.

<sup>157</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito e legitimidade*. Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira organizadores. São Paulo :Landy, 2003, p.335-343.

sociedade inacabado e incipiente o qual congrega participação e questionamento continuados. O direito democrático pressupõe uma inovação técnica e científica na leitura do processo que o constrói, onde a democracia não se faça ideologia, é inadmissível um modelo de sociedade democrática pressuposta.

### 2.3 A prova como instituto jurídico

Em complexidade, a prova é um direito fundamental e se estrutura em princípio jurídico<sup>158</sup>. A prova contém um complexo de princípios jurídicos, portanto também constitui-se em um instituto jurídico<sup>159</sup>, possuindo interfaces, aperfeiçoado a partir de um ciclo histórico e do esforço intelectual dos juristas operacionalizando-a em diferentes sistemas jurídicos.

O ciclo de evolução científico da prova exige uma reflexão sobre os conteúdos do instituto jurídico a partir da infraconstitucionalidade. Carlos Lessona desenvolveu conceito sobre a prova numa concepção clássica, ortodoxa e conservadora. “A prova é o meio legal concebido aos litigantes para que possam demonstrar a verdadeira existência dos fatos trazidos à juízo como fundamentos das opostas pretensões.”<sup>160</sup>

A força que dimana dos princípios direciona e estrutura o pensamento processual no tema da prova no campo do Direito Privado. Empenhando -se na visualização da prova pressupondo a aplicabilidade de princípios de justiça e de proteção das pessoas e da propriedade orientando-se por estes Francisco Augusto das Neves e Castro, dentro de concepções civilísticas ou privatísticas, conceitua prova.

Segundo estes princípios podemos definir as provas no seu sentido lato:-o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. No seu sentido jurídico,

<sup>158</sup> Deve-se evitar a utilização ou emprego da expressão: “princípio do direito à prova”, pois estudado e trabalhado princípio, enquanto norma, haveria um repetição ou uma retórica, sem significação lógica, por exemplificar pleonasmos, tautologia ou redundância. Utilize-se as expressões “direito à prova” ou “princípio da prova”, para evitar ambigüidade na linguagem da técnica processual ou da ciência processual.

<sup>159</sup> A expressão “instituto jurídico” é objeto de investigação, estudo e trabalho pelos processualistas mineiros, em nosso contexto de época, pondo em discussão a prova na teoria do processo contemporâneo “Por **instituto jurídico**, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela **conexão normativa** determinante de seu significado e aplicação” LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.49.

<sup>160</sup> LESSONA, Carlos. *Manuale delle prove in materia civile*, Firenze: Fratelli Cammelli, 1898, p.2.



porém, define-as a nossa lei civil- a demonstração da verdade dos factos allegados em juízo.<sup>161</sup>

Dentro deste ponto de vista clássico, no processo penal, enaltecendo o papel e a função do juiz como único e exclusivo destinatário e gestor da prova, meio destinado a produzir a sua certeza, Carl Joseph Anton Mittermayer estabelece prova registrando “O complexo dos motivos produtores da certeza...”<sup>162</sup>. Ampliando suas pesquisas faz incursão do ponto de vista subjetivo quanto àquele que produz a prova e quanto àquele que se destina a prova produzida; assim, quanto ao produtor da prova disserta: “designa os esforços feitos pela parte para firmar a convicção no espírito do juiz...”<sup>163</sup>; por outro lado, quanto ao destinatário da prova atesta: “compreende o complexo dos motivos poderosos, que fazem concluir com toda a segurança a realidade dos fatos da acusação”<sup>164</sup>. Nicola Framarino dei Malatesta valendo-se de argumentação subjetiva, precária e tendenciosa, porquanto de difícil identificação e visualização dos conteúdos, guardando vínculo com a filosofia da consciência, pontifica: “...é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade...”<sup>165</sup>. Fortalecendo a convicção intrínseca e obscurecida para o processo Malatesta redige “... a prova, como tal, não faz senão refletir no espírito humano a luz diretamente provinda da verdade; a prova é apenas a irradiação da verdade da consciência...”<sup>166</sup>.

Piero Calamandrei em estudo e trabalho sobre a instrução processual explica que aquilo que é provável está além da aparência, uma vez que se encontram reunidos elementos tendentes a acreditar que a alegação do fato corresponde à realidade. Faz entretanto advertência, o juízo provisório de probabilidade tem sempre função instrumental e seletiva: considera apenas a prova que pela verossimilhança do *thema probandum*, apresenta-se *prima facie* com uma certa garantia de credibilidade e, portanto, com uma significativa probabilidade de lograr êxito.<sup>167</sup>

<sup>161</sup> NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. Porto: Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1880, p.12.

<sup>162</sup> MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Alberto Antônio Soares. 3.ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1917, p.104-105.

<sup>163</sup> MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Alberto Antônio Soares. 3.ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1917, p.108.

<sup>164</sup> MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Alberto Antônio Soares. 3.ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1917, p.108.

<sup>165</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. v.1. Tradução de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p.21.

<sup>166</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. v.1. Tradução de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p.90.

<sup>167</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, Studi sul processo civile, v.6, Padova: Cedam, 1957, p.118 e 130.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>168</sup> conceitua prova com subjetividade e obscuridade, remontando a construções precárias do direito arcaico, como sendo “uma espécie de simpatia capaz de gerar confiança”. Juliana de Carvalho Bastone<sup>169</sup> compreende com clareza e objetividade, direcionando a prova com finalidade do direito contemporâneo, que: “o objeto da prova não é outro senão os fatos sobre os quais se examina o litígio e devem ser verificados”.

Tomando como referência a análise do fato Santoro Passarelli estudando e trabalhando a prova do ponto de vista privatístico preleciona e encaminha critério de classificação-taxionomia

Prova é a representação ou indício dum fato, positivo ou negativo. Onde existe a representação do fato como num documento ou testemunho, fala-se de prova histórica; onde existe um indício do fato, isto é, quando este se infere de um ou vários outros fatos, como na presunção; indício de prova, fala-se prova crítica<sup>170</sup>.

A maior parte das pesquisas e trabalhos registraram a prova, enquanto busca ou obtenção da suposta certeza e da suposta verdade, resultando da confirmação e concordância entre as coisas ou operações confrontadas e, opondo-se, a infirmar, a invalidar ou discordar das mesmas traduzindo-se em indício de erro ou ineficácia, permitindo a verificação da sua efetividade e de sua falibilidade. Prova, na acepção de ação de provar é a confrontação da versão de cada parte com os elementos ou meios para testificá-la<sup>171</sup>.

Antonio Dellepiane disponibilizou mediante o percurso e o rumo das investigações a construção do conceito de prova:

Fica assim justificada a nossa anterior afirmação de que toda questão judicial se apóia quase sempre em um fato ou série de fatos, a respeito dos quais existem divergência entre as partes, o que torna indispensável realizar uma laboriosa investigação e delicadas operações tendentes a estabelecer com exatidão a existência dos fatos passados. Esta investigação e determinação exata de fatos é o que constitui prova.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2.ed. São Paulo:Atlas, 1994, p.318.

<sup>169</sup> BASTONE, Juliana de Carvalho. Processo de conhecimento e teoria da prova implicações lógicas. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000 Vol I, p.93.

<sup>170</sup> PASSARELLI, Santoro. *Teoria Geral do Direito Civi*.Coimbra: Atlântida, 1967, p.250.

<sup>171</sup> DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kanfino Editor,1958., p.20-21.

<sup>172</sup> DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kanfino Editor,1958., p.22. Efetua-se a crítica pela releitura da expressão “questão judicial”, a qual deve ser substituída por “questão

Realizando um salto epistemológico, utilizando o método diacrônico, o método sincrônico e o método comparado podemos concluir que a prova, em nossos dias é caracterizada por uma ampliação ou desdobramento de conteúdos e matérias na construção do discurso processual. Rosemiro Pereira Leal apresenta conclusão contemporânea e evolucionista aproximando a prova da cognição e do procedimento. “A prova é fator de visibilidade da argumentação jurídica. O procedimento torna-se dimensionável pelos limites físicos-hermenêuticos de ordenação cronológica (autos) dos instrumentos e elementos de prova.”<sup>173</sup>

O direito à prova é direito democrático; o direito à prova é direito líquido, certo e exigível, já acertado e delimitado no devido processo legislativo . A Constituição contempla um suporte técnico e científico para produção e aplicabilidade da prova, superando a concepção de prova como busca ou forma de obtenção da verdade, no marco do Estado Democrático de Direito.

As contribuições e as influências do direito romano, em nosso ordenamento jurídico e em nossa técnica processual, possibilitam construir marcos técnicos e teóricos para a prova ao associar “*thema probandum*”- questão a provar- com “*thema decidendum*”-questão a decidir – na construção do procedimento. A delimitação ou a demarcação do direito à prova, da teoria da prova e da técnica processual de produção de provas se evidencia como apropriada e válida pela delimitação ou a demarcação do direito à decisão, da teoria da decisão e da técnica de construção (elaboração) das decisões, no Estado Democrático de Direito, no contexto de efetividade do processo.

Ao dissertar quanto a evolução histórica ou ciclo histórico do processo civil romano José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo compartilham na conclusão da existência de três grandes períodos: o da “*legis actiones, o per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*” ou da “*cognitio extra ordinem*”<sup>174</sup>. A delimitação dos períodos pelos juristas, faz-se por três períodos distintos, o primeiro, vigorou desde a fundação de Roma (754 . a .C) , até os fins da República; o segundo, constituído com o anterior, o “*ordo iudiciorum privatorum*”, teria sido introduzida pela “*lex Aebutia* (149-126 a.C.)” e oficializado definitivamente pela “*lex Julia privatorum*”, do ano 17 a.C., aplicando, já de modo esporádico, até a época do imperador Diocleciano( 285-305 d.C.); e encerrando, da “*cognitio extra ordinem*”, instituído

---

processual” para ampliar o campo de debate , o foco da pesquisa e do trabalho científico, pois a prova não pode ficar circunscrita a atividade ou a função do juiz, efetivando-se o objetivo de praticar um direito democrático.

<sup>173</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.49

<sup>174</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.39.

com o advento do principado ( 27 a.C.) e vigente, com significativas modificações, até o epílogo do império romano do Ocidente.<sup>175</sup>

Rosemiro Pereira Leal desenvolveu estudo e trabalho sobre o ciclo histórico da arbitragem facultativa- Justiça Privada para arbitragem obrigatória-Justiça Pública estatal monopolizada-jurisdição exercida pelo magistrado, sendo conexas ao ciclo histórico do instituto jurídico da prova<sup>176</sup>, do procedimento e da cognição – “*cognitio*”. A demarcação cronológica ou a construção histórica da jurisdição reflete uma construção intelectual e técnica processual.

A primeira fase intitula-se como sacerdotal ou pré-romana, compreende o período de tempos remotos até o século VIII a.C ( arbitragem facultativa), caracteriza-se em seus primórdios como carismática pelos poderes e ritos, divinos e mágicos, afastando-se a autotutela ( exercício arbitrário das próprias razões). Século VIII a.C., ocorre a fundação de Roma, justificada na mítica da lenda: Rômulo e Remo, os quais receberam cuidados maternos de uma loba, fazendo uma releitura contemporânea percebemos uma cena dantesca, na história romana, que perpassa pela monarquia, república e império, inexistia base empírica e fundamento lógico para a prova, curso dessa fase, pois tudo se revelava arcaico, precário e rudimentar.<sup>177</sup>

A segunda fase designa-se como do Direito Romano Arcaico, compreendendo o período do sistema das “*legis actiones* (século VIII a.C. e se estende até o século V a.C. – Lei das XII Tabuas)” e o período “*per formulas* – Direito formular ( século V a.C que perdura até o século II a.C. – *lex aebutia*”). O período do sistema das “*legis actiones*” é marcado pela prática de atos ritualísticos designados na lei para revelar, materializar e concretizar o direito: retirá-lo do plano da abstração (metafísico), atos místicos (verba certa – liturgia da palavra), verifica-se na técnica normativa de construção de procedimentos que o legislador do Código de Processo Civil, em 1973, ao instituir os procedimentos especiais, no livro IV, reproduz a técnica ou “*praxis* jusromanista das *legis actiones*”; o período do sistema “*per formulas*” o julgamento dos conflitos era feito em duas etapas ou fases; a primeira *in jure* realizada perante o Pretor ( na forma e no conteúdo do direito pronunciado pelo Pretor) – a fórmula; a segunda “*apud iudicem*” conforme o modo descrito e determinado na fórmula para o árbitro julgar,<sup>178</sup> neste período ocorre a “*litescontestatio*” – litescontestação, ato público que

<sup>175</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.39

<sup>176</sup> LEAL, Rosemiro Pereira .*Teoria geral do processo*,6.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 38-42, 243-244.

<sup>177</sup> LEAL, Rosemiro Pereira .*Teoria geral do processo*,6.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 39-40;243.

<sup>178</sup> LEAL, Rosemiro Pereira .*Teoria geral do processo*,6.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 40-41; 243.

deslocava o fato conflituoso havido entre as partes para o âmbito de uma situação jurídica perante o Pretor pela fórmula, surge a lide sendo sua existência declarada perante testemunhas, origem da oralidade aplicada à técnica processual de produção de provas.

Os estudos e trabalhos de pesquisa ao historiar o processo formular revelam a utilização pelos romanos da técnica da “*summaria cognitio*”, portanto já exibindo o perfil de um modelo de procedimento. A cognição realizada pelo Pretor “*causa cognitio*” era sumária, examinava-se tão somente os pressupostos de fato e, em seguida concedia-se “*edere ou editio interdicti*” ou, quando fosse a hipótese, rejeitava-se “*denegatio interdicto*” interdito postulado<sup>179</sup>, valendo-se da prova oral ou escrita transcrita ou produzida tendo como referência fórmula.

A terceira fase classifica-se como Direito Romano Clássico, demarcando o período que inicia-se no século II a.C. (no qual registra-se *lex julia*, no século I a.C. prolongando-se até século III d.C.,depreende-se a transição da Justiça Privada para a Justiça Pública. Surge a arbitragem obrigatória estatal, o Pretor nomeia o árbitro, valendo-se de critérios duvidosos e subjetivos, questiona-se o surgimento do nepotismo, portanto identifica-se o início da publicização da jurisdição.<sup>180</sup>

A quarta fase registra-se como Direito Romano Pós – Clássico condizente ao período que inicia-se no século III d.C. e prolonga-se até a queda do Império Romano, em primeira análise o Pretor examina a pretensão e julga a causa. Surgimento “*cognitio extra ordinem*” e “*cognitio extraordinaria*”, período de origem das construções e proposições teóricas do processo de conhecimento – *cognitio* – cognição, marco de origem da tória da prova, convencionou-se que a lei deve estabelecer critérios probatórios ou probatórios, impõe-se demarcação ou delimitação de critérios de investigação e formação de convencimento (convicção) sobre fatos e informações, na formação da prova.

No início da idade Média a invasão do Império Romano pelos povos bárbaros germânicos provocou mudanças nos povos da Europa ocidental, outrora por razões políticas, os conquistadores mantiveram o Direito romano, mantendo o sistema de personalidade das leis<sup>181</sup>. Do ponto de vista diacrônico do ciclo histórico do processo e da prova, ora atinente ao

<sup>179</sup> TUCCI, Jose Rogeri Cruz e. *Ação monitoria*.3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais 2001, p.32-33

<sup>180</sup> LEAL, Rosemiro Pereira .*Teoria geral do processo*,6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p. 41 e 244.

<sup>181</sup> Por conseguinte vigoraram no mesma localidade ou território, simultaneamente, dois direitos antagônicos: para os romanos a romana e para os bárbaros a germânica, gerando inevitáveis conflitos para a interpretação e para aplicação das normas ou regras. “*Guiados por Alarico, los visigodos lucharon com los romanos, invadieron três veces la Italia y se apoderaron de Roma em el año 410*”. Guiados por Alarico, os visigodos marcharam contra os romanos, invadiram três vezes a Itália e se apoderaram de Roma no ano de 410. ( tradução livre) MINGUIJÓN, Salvador *História del Derecho Español*, Cuaderno segundo. 3.ª ed. Madrid :La Editorial, 1925, p.17 .

paradoxo da evolução do Direito romano, com as práticas, hábitos e costumes arcaicos e precários dos invasores, Galeno Lacerda desenvolveu crítica primordial quanto a finalidade do processo e da prova.

Considerando a Jurisdição como função pública, definindo as características fundamentais da prova, destinada à convicção de um Juiz livre e ativo; lançando as bases definitivas da coisa julgada; - os últimos sem idéias claras sobre a Jurisdição, substituindo o escopo de justiça pelo de paz social, subvertendo por completo a finalidade do processo e da prova e apresentando o juiz como figura passiva e inerte<sup>182</sup>.

A oralidade pode vir a prejudicar e suprimir o direito à prova pelo saneamento da prova em processos, onde ocorra a sumarização da cognição. Deve ser reverenciada e rememorada a crítica feita por Galeno Lacerda ao princípio da oralidade demonstrando contribuição imprescindível para a evolução das práticas do atos e das construções teóricas que versam sobre a prova na técnica processual e na ciência processual.

Não aplaudimos, mesmo, o saneamento da prova nos processos orais. Comprendemo-lo como contingência do sistema. Se a oralidade possui méritos indiscutíveis, apresenta falhas, e esta é sem dúvida, uma delas. Da necessidade de concentrar a prova e o julgamento na audiência, surgiu outra – a de delimitar a prova, sob critério de juiz, na maioria das vezes, mero preparador. Daí a facilidade de surgirem convenções sobre prova; daí, também, a nenhuma expressão do princípio da eventualidade, pelo perigo da *ficta confessio*- tudo isto como defesa e adaptação das partes à presença ativa e decisiva do magistrado na circunscrição da prova.

De acordo com o pensamento de José Marcos Rodrigues Vieira necessário racionalizar que o direito à prova não está adstrito aos procedimentos de cognição, mas é conexo aos de execução, às liminares, às tutelas antecipadas e às cautelares. Reportando-se ao processo civil, registra-se que por força da bilateralidade do processo, o réu tem direito a que a antecipação de tutela jurisdicional esteja lastreada em prova cumprida, ônus do autor. Seja caso de admissibilidade de cognição sumária, como as cautelares, sob caução, já nos

---

<sup>182</sup>LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p.25. Verificamos pelo referido texto reproduzido que o processualista repele o pensamento de aplicação de escopo meta-jurídico de obtenção de paz social pelo processo, registrando que os mesmos não coadunam com a prova.

procedimentos especiais e nos de execução, a tutela jurisdicional antecipada ao contraditório deriva de prova pré-constituída<sup>183</sup>.

O célebre processualista mineiro esclarece, pois, na hipótese de concessão ou deferimento de medida liminar sem prova da situação de risco, ou gravame, com a qual dissertada a causa de pedir, pode o réu lançar mão do agravo de instrumento. A prova é direto da parte, ainda que deva ser previamente produzida, o cerceamento da prova é sinônimo de cerceamento de defesa<sup>184</sup>, caracterizando violação ao princípio constitucional da ampla defesa, que não é exercido ou facultado apenas ao réu, mas também ao autor.

No paradigma do processo civil, o operador do direito (operador do processo) deve selecionar as provas a serem produzidas quando da fixação dos pontos controvertidos pelo magistrado perfazendo a estabilização da lide. As provas são consentâneas às questões de fato e necessariamente não elucidam as questões de direito, portanto deve-se impedir a inversão tumultuária no processo e a prática de atos ou diligências que se repute desnecessários ao exame do mérito, pois o saneamento do processo é tarefa atribuída também às partes e se faz no curso do procedimento.

No âmbito do processo civil, revela-se o direito da estabilização da lide, proveniente do direito à prova e do direito ao provimento liminar ou de mérito-que acarreta na feitura de diligências para a determinar os fatos probandos, na fase ordinatória ou de providências preliminares. Não incumbe ao réu engendrar fatos, para contestar a ação, porque contraprová-los poderia significar provar em demasia, ressalta-se idêntico comportamento quanto ao ônus de impugnação de prova de fato não alegado, pois é tempo de destruir-se o erro de transferir a inexistência de preclusão “*pro iudicato*” para a matéria de fato, no que depende da iniciativa das partes<sup>185</sup>.

As partes e os interessados no processo, civil ou criminal, possuem direito de acesso às provas produzidas no processo, tal prerrogativa integra o direito à prova. Deve o juiz ou magistrado assegurar a faculdade, a oportunidade e a possibilidade de acesso e vista às partes e aos envolvidos (participantes) a qualquer prova produzida no procedimento, em toda e qualquer etapa ou fase no qual se encontre, sob pena de acarretar em nulidade para as decisões.

Deve ser problematizado o instituto jurídico da prova no Direito Processual Penal, producente concluir que o direito à prova vincula-se aos direitos de ação e de defesa e que de

---

<sup>183</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues . *Da ação cível* Belo Horizonte:Del Rey, 2002, p.83-84.

<sup>184</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues . *Da ação cível* Belo Horizonte:Del Rey, 2002, p.84.

<sup>185</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues . *Da ação cível* Belo Horizonte:Del Rey, 2002, p.82

nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer à juízo suas postulações se não fosse proporcionada oportunidade, no desenvolvimento da causa, para demonstrar suas afirmações. Lado outro, ainda permanecem pontos de vista anacrônicos e retrógrados sobre o juiz enquanto único e exclusivo destinatário e gestor da prova e apto a proferir uma decisão justa, tal como propõe Antônio Escarance Fernandes.

Por outro lado, tem o juiz importante papel na produção da prova. Para que possa proferir decisão justa e conforme à realidade, deve instruir a causa mediante efetiva participação na realização do material probatório, seja no garantir às partes a plenitude do direito à prova, seja no determinar, de ofício, a efetivação de prova relevante.<sup>186</sup>

Magalhães Gomes Filho, tratando diretamente do direito à prova no processo penal, nele engloba: o direito à investigação; o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; o direito a admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção de prova); o direito à avaliação da prova<sup>187</sup>.

Dista perfazer a crítica quanto ao posicionamento dogmático e positivista dos estudiosos e pesquisadores da ciência processual ao reafirmar o juiz como único destinatário da prova, excluindo a gestão da prova pelos demais participantes do processo. Germano Marques da Silva decodifica o termo prova encontrando a coexistência de três significados: a) prova como *atividade probatória*: ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de uma determinada situação factual; b) prova como *resultado*: a convicção do juiz formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; e c) prova como *meio*: o instrumento probatório para formar aquela convicção<sup>188</sup>.

O processo penal deve ser repensado e desconstruído a partir do direito à prova. Abre-se questionamento e faz-se crítica quanto a feitura da prova pericial no âmbito do processo penal, grande parte das vezes realizada na etapa ou fase do inquérito policial, sem aplicação dos princípios constitucionais, sobretudo do contraditório e da ampla defesa, sem a

---

<sup>186</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.72.

<sup>187</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.85-89.

<sup>188</sup> MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de processo penal*. Lisboa: Editora Verbo, 1993, v.2, p.82.



oportunidade, faculdade ou possibilidade de formulação de quesitos pela defesa, ainda que suplementares, de nomeação de assistente técnico pelas partes ou interessados e de requerer a intimação para acompanhamento ou comparecimento das partes e dos interessados dos trabalhos periciais.

É inconcebível e deve ser questionado o ato de desmembramento de processo penal, no qual haja mais de um acusado, sem a ciência prévia ou a intimação da defesa ou da acusação, muitas das vezes justificada pelo fato de um dos réus encontrar-se preso, confundido-se efetividade e celeridade (aceleração/rapidez) do processo, diante da avaliação ou cálculo do prazo de formação da culpa em detrimento da liberdade. O erro na condução do procedimento resulta no erro da produção e da avaliação da prova, comprometendo a amplitude e a plenitude da defesa e o contraditório.

Exigência do direito à prova é a necessidade e a obrigatoriedade do juiz, ao sentenciar, leve em conta a prova produzida pelas partes durante todo curso do procedimento. De nada adianta assegurar no processo penal ao promotor, ao querelante, ao assistente de acusação e ao réu a oportunidade de realizar a prova se o juiz não considerá-la ao motivar a sentença<sup>189</sup>.

Necessariamente, desnecessário a realização da audiência como ato processual indispensável para a instrução e julgamento do processo, compreendendo-se e interpretando-se que os atos processuais correspondentes a instrução e o julgamento podem ser efetuados fora da audiência. A respeito da audiência Galeno Lacerda realizou crítica revolucionária ao concluir que a prova não tem a virtude de transformar audiência de instrução e julgamento em ato essencial do juiz, apontado dois motivos, o primeiro. “1) Porque nem toda a prova nela se produz. A documental, por exemplo, se oferece com os atos de postulação. Reservam-se para a audiência, apenas, as inspeções diretas e as provas orais-interrogatório de peritos, depoimento de partes e testemunhas.”<sup>190</sup>

Prosseguindo em sua linha de raciocínio o processualista infere que onde tais provas não se fizerem necessárias a audiência para coligí-las será ato inútil e dispersivo, descrevendo o segundo motivo. “2) Porque a prova pertence ao poder de disposição da parte ou do juiz (art.117 do C.P.C.). Como ato disponível, o meio através do qual êle possa manifestar-se- a audiência- não será essencial ao processo”.<sup>191</sup>

Com o advento dos estudos e trabalhos, tendo como paradigma ou referência o processo civil italiano, Elio Fazzalari vinculou a decisão ao conceito de provimento no espaço

---

<sup>189</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.75.

<sup>190</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p.144.

<sup>191</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p.144.

técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo ou da cognição dos direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes<sup>192</sup>, por lógica, esta abrange a prova produzida pelas partes. Verifica-se em Fazzalari um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor<sup>193</sup>, impondo-se a obrigatoriedade da decisão fundamentar-se nos pontos e nas questões de prova produzida pelas partes e pelos interessados.

## 2.4 A prova na teoria do processo contemporâneo

A prova não pode ser entendida como construção histórica ou filosófica. A definição sobre a prova constante no Livro III, Título LXIII, das Ordenações Filipinas, que apresentava a seguinte redação “ a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões sobre as questões de fato”.

Verificam-se critérios rudimentares na elaboração de conceitos, reproduzindo concepções metafísicas e à obscuridade, evidenciando-se necessário a evolução do conhecimento científico pela construção e desconstrução de conceitos e princípios que institucionalizam uma teoria geral da prova<sup>194</sup>. Giovanni Verde estabelece o vínculo entre a prova e o processo como institutos jurídicos “uma disciplina jurídica da prova é tão inevitável como a própria disciplina jurídica do processo, para assegurar o caráter racional dessa atividade”<sup>195</sup>

O direito probatório exige constante reflexão dos conteúdos legais que integram sua estrutura (elemento, meio e instrumento), diferenciando cada qual para favorecer a aplicação do direito democrático.<sup>196</sup> A técnica de produção de prova forma a estrutura, estabelece os limites e caracteriza os efeitos da coisa julgada, no processo e no sistema jurídico.

A licitude do meio empregado na produção da prova é determinante para aferir seu suporte teórico.<sup>197</sup> Portanto, a obtenção do elemento, ou instrumento de prova, por meio

---

<sup>192</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.26-27.

<sup>193</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.27.

<sup>194</sup> COUTO, Camilo José d'Ávila Couto. *Licitude dos meios na realização da prova*. In: Leal, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de Teoria do Processo*. Vol. IV. São Paulo: Síntese, 2004, p. 214.

<sup>195</sup> VERDE, Giovanni. *Prova: teoria generale e diritto processuale civile*. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1988.V.37, p. 592.

<sup>196</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p.157.

<sup>197</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p. 196.

ilícito não integra o procedimento, sendo inadmissível e incompatível com sua estrutura técnica processual.<sup>198</sup>

A prova não pode ser considerada instrumento da jurisdição, do juízo ou do juiz. O juiz não pode manter o monopólio na administração ou gestão da prova, na caracterização de uma teoria do processo democrática.

Em 1958, Elio Fazzalari fez uma esplêndida e eloqüente prolação em Perugia<sup>199</sup>, seguindo os postulados de Benvenuti<sup>200</sup>, alterando os rumos da Ciência Processual, enunciando que o processo caracterizava-se por uma estrutura mais aperfeiçoada e complexa de procedimento. Diferenciando processo de procedimento e alterando a compreensão a respeito da legitimidade, quanto a participação dos envolvidos no processo, surgindo a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório.

Elio Fazzalari ao desenvolver a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, propicia a prática de um direito democrático, apontando deficiências e incongruências na teoria do processo como relação jurídica, modificando os estudos sobre a prova. A proposição da relação jurídica resulta em uma estrutura técnica incapaz de alojar o processo, na sua complexidade.<sup>201</sup>

Em Fazzalari, possibilita-se a distinção entre o processo e o procedimento, deixando o processo de ser concebido como uma relação entre pessoas para ser compreendido como uma relação entre normas. Assim, a técnica de produção de provas pode ser estudada e esclarecida na estrutura normativa do procedimento, proporcionando notável evolução científica processual.

Rosemiro Pereira Leal elucida que Liebman não diferenciou com precisão as figuras do processo e do procedimento, confundindo este com o direito-de-ação que, segundo seu entendimento, encerrava-se com a extinção do processo como disserta a exposição de motivos de Buzaid no vigente CPC e nos textos dos artigos 3º, 267 *caput*, e 269. As referidas

---

<sup>198</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p.196.

<sup>199</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civili. Milano: Giuffrè. N.3, p. 861-890, 1958.

<sup>200</sup> BEVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *ivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè. Ano II, P.130, 1952.

<sup>201</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. 8.ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 140-141 “Por outro lado, o clichê da “relação jurídica”, que foi útil, a seu tempo, para entender a ação como posição jurídica subjetiva mais articulada, a da relação jurídica, uma vez que ela é considerada sob o plano das posições subjetivas, é incompatível com o processo, pois a relação jurídica é um esquema simples e incapaz de conter a complexidade do processo (assumir que aquela posição processual é relação jurídica complexa é pura convenção de linguagem, que leva em conta a realidade, mas não a explica, o que somente remete novamente a uma outra convenção); e, como esquema tático, não pode representar-lhe a dinâmica.”

ambigüidades só foram corrigidas posteriormente pelas teorias de Fazzalari, influenciando a compreensão e proporcionando um salto epistemológico para instituto jurídico da prova.<sup>202</sup>

A partir do trabalho, da pesquisa e extensão do pensamento de Fazzalari, ampliou-se o entendimento do processo, permitindo-se praticar e teorizar um direito democrático, operando-se assim um salto e uma evolução epistemológica. A construção da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, supera a teoria da relação jurídica preconizada por Oskar Von Bülow, em 1868<sup>203</sup>, e outras incapazes de diferenciar processo de procedimento, independente de relação jurídica, e repensa a jurisdição, o juiz e o poder, dentro de uma concepção democrática não de mera representação, mas de efetiva participação em amplo e intenso contraditório, em todos os atos e as etapas (fases) da construção de um provimento (decisão), portanto altera a técnica de produção de prova e o direito à prova.

No contexto contemporâneo, de acordo com o entendimento fazzalariano, o procedimento apresenta-se, pois como uma seqüência de “atos”, os quais são previstos e valorados por normas. Concluindo, o insigne processualista italiano que o procedimento pode ser visto como uma série de “faculdades”, “poderes” e “deveres”, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que estejam conectadas, sendo que um poder destinado a um sujeito, após o cumprimento de um dever,

---

<sup>202</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p.180.

<sup>203</sup> “Oskar Von Bülow publicou a obra que veio a ser considerada marco inicial da nova ciência do processo: *Die Lehe von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen* ( Giessen, 1868), encontrando-se traduzida para o espanhol sob o título *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* ( EJE, Buenos Aires, 1964), e sua leitura não pode ser dispensada por quem se dispuser a estudar o tema. Além das razões históricas nela são lançados conceitos de penetrante atualidade. Para Bülow, o processo encerra uma relação jurídica dinâmica, de natureza pública, que se desenvolve gradualmente, não decorrendo exclusivamente do direito subjetivo alegado pelo autor. Uma vez que os direitos e as obrigações processuais se estabelecem entre os funcionários do Estado e os cidadãos, essa relação pertence a toda evidência ao direito público, constituindo o processo uma relação jurídica de natureza pública.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo:Ed.Revista dos Tribunais, 2002, p.109 . Considera-se que dentro de seu ciclo histórico ou temporal, Bülow fez do processo técnica e ciência, pois suas proposições são refutáveis e podem ser falseadas, sendo provisórios, na lição de Popper: “De tal maneira, cabe afirmar que a quantidade de informação empírica veiculada por uma teoria, ou seja, seu conteúdo empírico, cresce com seu grau de falseabilidade.” POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cutrix, 1966, p.122. Popper enuncia com argúcia crítica: “O velho ideal científico da episteme -do conhecimento absoluto certo, demonstrável- mostrou não passar de um ‘ídolo’ . A exigência de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre . Pode ele, é claro, ser corroborado, mas toda corroboração é feita com referência a outros enunciados, por sua vez provisórios.” POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cutrix, 1966, p.308. Hoje o processo não pode ser concebido como uma relação entre pessoas, mas entre normas. Em nossos dias, o processo constitucional, o modelo constitucional do processo e os princípios constitucionais são indissociáveis da reflexão e da refutação de qualquer teoria ou enunciado sobre o processo. Assim, pela teoria da relação jurídica o juiz faz a administração ou a gestão da prova, exclusivamente ou isoladamente, inviabilizando a prática e a teoria de um direito democrático.

por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder seja pressuposto para insurgir-se de um outro “poder”, “faculdade” ou “dever”<sup>204</sup>.

Faz-se a distinção fazzalariana, entre processo e procedimento, apontando uma característica específica e diversa, nos arquétipos do processo permitindo-se observar a existência (presença) da estrutura dialética do procedimento do contraditório. O processo é um procedimento do qual participam ou são habilitados a participar, todos aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não deve obliterar as suas atividades<sup>205</sup>.

Não há simples participação, tal estrutura revela a participação dos destinatários dos efeitos do ato final a partir de sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto-conspícuo ou modesto, não importa - de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados<sup>206</sup>.

Com o advento dos estudos e trabalhos, tendo como paradigma ou referência o processo civil italiano, Elio Fazzalari vinculou a decisão ao conceito de provimento no espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo ou da cognição dos direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes<sup>207</sup>, por lógica, esta abrange a prova produzida pelas partes. Verifica-se em Fazzalari um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor<sup>208</sup>, impondo-se a obrigatoriedade da decisão fundamentar-se nos pontos e nas questões de prova produzida pelas partes e pelos interessados.

---

<sup>204</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad.Elaine Nassif. 8.ed.Campinas:Bookseller,2006, p.114.

<sup>205</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad.Elaine Nassif. 8.ed.Campinas:Bookseller,2006, p.118-119.

<sup>206</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad.Elaine Nassif. 8.ed.Campinas:Bookseller,2006, p.119-120.

<sup>207</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.26-27.

<sup>208</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.27.

## CAPÍTULO III – VALORAÇÃO E VALORIZAÇÃO DA PROVA

### 3.1 Instrumentos e formas de prova

No contexto do ciclo histórico, as ordálias constituíam a prova incontroversa, irrefutável e suprema, como se fosse uma técnica infalível para despertar a certeza e descobrir a verdade, utilizadas pelos povos primitivos e semi-bárbaros da família indo europeia, ostensiva aos povos antigos da Ásia. As ordálias foram utilizadas em larga escala como meio de prova pelos germanos primitivos, mas não pelos romanos<sup>209</sup>.

A ordália, ou julgamento de Deus, caracterizava-se em submeter a pessoa julgada a uma prova, necessariamente uma provação, na crença e na esperança de que Deus não permitiria que escapasse com vida, ou sem sinal evidente, se faltasse com a verdade ou fosse culpado. A prova revelava-se eminentemente na fé e na religião, numa época em que tudo e que todos, o lar, a família, o governo, a sociedade e a justiça, em tom profético e escatológico eram protegidos ou mesmo presididos por Deus, ou por um deus, consequência lógica do conceito rudimentar de direito e justiça, necessariamente inexistia dicotomia, ou separação entre o Direito e a Moral<sup>210</sup>, entre o Direito e a Religião e entre o Estado e a Religião, aproximando-se o ilícito do subjetivismo do julgador, este era tido como sinônimo de imoral, confundindo-se com o pecado.

As ordálias submetiam a pessoa do réu, ou acusado, à provas bizarras, cruéis, duvidosas, falíveis, lúdicas (azar ou sorte) e grotescas, esse sistema histórico qualifica o princípio inquisitório, sendo suporte para o arbítrio, ou arbitrariedade das decisões, ocasionando a prática de erros e injustiças irreversíveis. A pessoa do acusado ou réu era tratado como objeto de investigação e não como sujeito de direitos e obrigações, a prova era em síntese forma de obter a confissão não sendo espécies e métodos que prevaleceram no sistema romano germânico, o qual recebeu influência canônica, na Europa da Idade-Média

---

<sup>209</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.24.

<sup>210</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.24-25.

com a predominância absoluta do cristianismo, por crenças e cerimônias, fazendo crer o homem, na crença de Deus, participar do processo e do julgamento.<sup>211</sup>

No nosso ordenamento jurídico processual, destacando-se o direito processual civil e o direito processual penal brasileiros, existência dos fatos e de seus efeitos, podem ser provados por: a) confissão; b) prova documental; c) prova pericial; d) inspeção judicial e e) prova testemunhal. Todos os instrumentos e formas de prova são passíveis de falibilidade e impugnação pelos participantes do processo.

---

<sup>211</sup> Certas espécies de ordálias e sua aplicação perduraram por muito tempo, destacando-se o registro das seguintes: *A prova pela sorte* – foi usada pelos germanos, desde de eras remotas. quando se desconhecia – se ou ignorava o homicida, os magistrados poderiam designar sete pessoas, que deviam livrar – se da suspeita com juramento do duodécima mano. Então se faziam duas sortes, com dois pedacinhos de madeira, um dos quais assinalado com uma cruz, todos envolvidos em lã e postos no altar. o sacerdote, ou um menino, tirava a sorte. Na hipótese do suspeito saísse o pedacinho de madeira marcado com o sinal da cruz, todos os juramentos eram tidos por verdadeiros e os acusados absolvidos. Em caso contrário, de sete pedacinhos de madeira, nos quais eram escritos o nome dos acusados, se procedia a novo sorteio, sendo tido como culpado aquele que a sorte ou azar indicasse. *A prova pelo fogo* – o acusado deveria passar no meio de duas sarças, vestindo de camisa impregnada em cera. Existiam outras modalidades dessa prova: ou se fazia o acusado encostar com a língua em ferro quente; ou tinha transportar uma barra de ferro em brasa por determinada distância; ou andar, com os pés descalços, sobre ferros candentes. *A prova pela água fervendo* – prevista e aplicada pelas leis sálicas e afazia parte do sistema probatório longobardo – franco, a prova era executada tirando do litigante um ou mais objetos do fundo de uma caldeira de água a ferver. Nesta prova, tal como pela barra de ferro em brasa, o exame das mãos, ou do braço, era feito três dias após, durante os quais a mão continuava enfaixada e selada, sendo absolvido ou acusado se surgisse ileso, ou quase ileso, condenado em hipótese diversa. *A prova pela água fria* – no sistema longobardo franco, utilizava – se determinar o acusado imergir as mãos num vaso cheio de água fria: - se apparebat signum in manu sicut quando poneretur acqua calidissima, era ele condenado. A prova consistia na espera de um milagre, acaso Deus pudesse tornar inócua a água fervendo, poderia tornar também fria danosa ao culpado. A água fria era utilizada de outras formas: os litigantes eram obrigados atravessar o rio, por diversas vezes, o que perdía a prova era tido por culpado; lançava-se, no rio, o acusado, com seus pés e suas mãos amarrados: era declarado inocente se afundava, culpado se ficasse à superfície boiando; atirava-se ao rio o condenado a morte, com os pés e mãos atados, e após atingir ao fundo era recolhido: caso se reanimasse estaria livres porque Deus o havia salvo. *A prova pelo cadáver* – transportava-se o morto numa padiola, levando-o à presença do acusado, na crença de que perante este, novamente as feridas do cadáver sangrassem, ou lhe viessem bramidos ou a boca espumasse. O acusado pronunciava juramento de inocência e apoiava os dedos sobre a ferida ou sobre o umbigo d vitima, ou ainda esfregava as feridas com pedaço de lã, ou passava descalço sobre o cadáver. Caso o morto voltasse a sangrar, encontrava-se provada a autoria do crime, esta prova só poderia ser feita em horas recentes após o crime. *A prova da cruz* - posicionava-se os litigantes em pé, braços abertos, em forma de cruz, de frente à própria cruz, permanecendo-se imóvel, durante certo período de tempo, ou enquanto rezasse trechos do evangelho. Perdía o pleito que em primeiro deixasse cair os braços, de cansado. A prova era comum nas causas eclesiásticas, vindo no século IX, vir a ser substituído pelos duelos. *A prova do pão e queijo* – o acusado era obrigado a comer e mastigar certa quantidade de pão e queijo, ficando comprovado a sua culpabilidade se não conseguisse digerir rapidamente a mistura. *A prova da eucaristia* – esta prova representava uma *purgatio canônica* – purgação canônica, a exemplo do juramento. Foi a prova sustentada pelo papa Gregório III em Canossa: “Esse Corpus dominicum quod sumpturus erro in experimentum mihi hodie fiat innocentiae, meae, ut me hodie absolvat si innocens vel condemnet subitanea morte si réus”. *A prova pela caldeira pendente* – içava-se o acusado sobre uma caldeira cheia de água e pronunciava-se orações e cânticos: se culpado, a água passava a agitar-se e a caldeira deveria virar. *A prova do pão bento* – pegava o acusado um pão abençoado: se fosse culpado, o pão deveria fazer o movimento de ondulação; caso contrário estava provado a sua inocência. *A prova pela serpentes* – lançava-se o acusado no meio das serpentes, acreditando-se que elas apenas atacavam aquele que fosse culpado. Merece especial referência, dentre as ordálias, o duelo ou combate judiciário, geralmente admitida entre os povos da Idade-Média e que, pela sua ampla realização, representava uma das três gêneros de provas divinas, ou juízos de Deus – ordális, juramento e duelo. <sup>211</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.25-29.

No ponto de vista fazzalariano, os fatos podem ser demonstrados e reconstruídos por meios de prova previstos em lei. Exemplificando-se em: documentos, confissões, testemunhos e decisão juramentado, correspondendo a meios de prova disponíveis somente pela parte.<sup>212</sup>

Analisando o desenvolvimento do processo, tendo como referência ordenamento jurídico italiano, Fazzalari registra que as provas são admitidas mediante despacho do juiz, nas primeiras audiências. Na fase instrutória – na terceira audiência, ressalvado adiamento para outra audiência de instrução (mas também sucessivamente), o magistrado procede ao “interrogatório livre” das partes, em contraditório entre eles, no entanto tal atividade não é meio de prova, dever-se-á efetuar a tentativa de conciliação, havendo grande influência do princípio da oralidade.<sup>213</sup>

A exemplo do ordenamento jurídico processual brasileiro, existe no ordenamento jurídico processual italiano a previsão de prova pericial. O juiz italiano pode nomear um consultor técnico, de acordo no artigo 191 do Código de Processo Civil italiano ou um experto, que lhe preste esclarecimentos quanto a situações relativas a áreas de conhecimento especializadas, médica, mecânica e contábil, dentre outras.<sup>214</sup>

No sistema romano germânico, no qual verifica-se o *civil law*, a prova documental é de grande aceitação e admissibilidade, embora inexista hierarquia, ou subordinação quanto aos instrumentos e formas de prova. Os documentos são provas pré-constituídas, sendo submetidos a controle de admissibilidade e de constitucionalidade pelo juiz e pelas partes.

A confissão não é prova privilegiada em relação as demais, deixando de prevalecer a expressão “rainha das provas”, tal qual depreendia-se no período de vigência das ordálias-juízos de Deus. A confissão deve ser analisada no contexto do princípio do livre convencimento do juiz e do direito à prova, portanto não exclui as demais provas produzidas<sup>215</sup>.

A prova testemunhal aperfeiçoa-se mediante a inquirição<sup>216</sup> de testemunhas, as quais possuem conhecimento dos fatos, ou acontecimentos, que precisam ser elucidados

---

<sup>212</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad . Elaine Nassif. 8.ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 178-181

<sup>213</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad . Elaine Nassif. 8.ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 182-183

<sup>214</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad . Elaine Nassif. 8.ed. Campinas: Bookseller, 2006, p.183

<sup>215</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. Editora: Revista dos Tribunais, 2006 p. 135

<sup>216</sup> Deve-se evitar e excluir da linguagem processual o emprego de praxismos forenses, neste sentido é impróprio utilizar a expressão “oitiva de testemunhas”, pois é adequado do ponto de vista da técnica processual o emprego da expressão “inquirição de testemunhas”. De forma idêntica deve-se corrigir e abolir o emprego da expressão “protestar por provas”, devendo ser adotada, conforme a finalidade as expressões: “especificar provas” “delimitar provas” ou “impugnar provas”. O termo protesto caracteriza praxismo forense, do ponto de vista da



judicialmente, mostram-se como fontes de prova úteis para reconstrução dos fatos controvertidos. No contexto contemporâneo, adota-se uma noção ampla da prova testemunhal, como toda adequada e coerente declaração a respeito dos fatos discutidos no procedimento, logo, essa concepção abrange o testemunho tanto dos terceiros (testemunhas em sentido estrito), que são pessoas estranhas ao processo e distintas dos sujeitos processuais, quanto das próprias partes (testemunhas em sentido amplo), sempre vinculando a técnica de produção da prova testemunhal aos princípios constitucionais, sobretudo o contraditório.<sup>217</sup>

O advogado que atua no processo presta declarações em nome da parte, no entanto o advogado não se confunde com a parte, ou com testemunha. O advogado no exercício de sua atividade é incompatível com a função da testemunha, aplicando-se a norma que permite o sigilo de informações, do artigo 5º; inciso XIV da Constituição<sup>218</sup>.

A acareação é admitida como prova em nosso ordenamento jurídico, compondo a técnica de produção de provas<sup>219</sup>. Não obstante a crítica e a falibilidade, a acareação trata-se

técnica processual, da ciência processual e do direito processual penal cumpre assinalar a existência de recurso específico ora designado como “protesto por novo júri”, diante da previsão da normas contidas nos artigos 607 e 608 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 /10/1941, destinadas à reforma, detectando influência do sistema de “*comom law*”. Contudo não deve prevalecer no processo do trabalho o chamado “protesto consignado em ata”, como sucedâneo de recurso, tratando-se de alegação da parte.

<sup>217</sup>. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. Editora: Revista dos Tribunais, 2006 p. 135

<sup>218</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. Editora: Revista dos Tribunais, 2006 p. 171-172. “ O advogado, por ser indispensável a administração da justiça ( art. 133 da CF) e por ter habilitação legal, representa em juízo a parte. Entre o cliente e o advogado há um contrato de mandato, que se instrumentaliza pela procuração (art. 653 do CC c.c. o art. 36 do CPC). De posse da procuração, o advogado se torna mandatário da parte, podendo em seu nome, praticar os atos processuais, além de ser obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato (art. 667 CC). As declarações prestadas pelo advogado, no limite dos poderes conferidos pela procuração ( art. 38 do CPC), são considerados como se fossem a declaração da própria parte. Em outras palavras o advogado fala em nome da parte, sendo os fatos por ele narrado judicialmente conhecidas por informações narradas pelo próprio cliente. Assim a contratação de um advogado esta baseada não so na competência profissional, mas também na relação de confiança que se estabelece entre ele e seu cliente, na medida em que este confia àquele o conhecimento dos fatos. Por essas razões a função do advogado é incompatível com a função da testemunha, ainda mais se pretendesse testemunhar contra os interesses do seu cliente. Obrigar o advogado a quebrar o seu vínculo de confiança com o cliente , em nome da verdade judicial, seria um modo de desacreditar a profissão, já que é essa confiança que nessa baseado o vínculo entre o cliente e o advogado. É por isso que a Constituição , no art. 5º, inc.XIV, resguardou o sigilo de informações , quando necessário ao exercício profissional. Esse raciocínio pode ser também estendido ao advogado que não trabalha mais na causa, por ter renunciado os poderes que o mandato lhe conferia ou por ter mandato sido revogado pelo cliente, desde que as informações que possui tenham sido obtidas em decorrência do vínculo de confiança que tinha com a parte. Todavia, não pode ser considerado impedido o advogado que não representa a causa e jamais atuou na causa, ainda que o profissional tenha sido por ele contratado para atuar em processo distinto daquele no qual é chamado a intervir como testemunha, não obstante o advogado, neste ultimo caso, tenha o direito de recusar-se a depor , alegando a estar resguardado pelo sigilo profissional (art.406, inc. II, CPC). Por outro lado, não haveria sentido se o advogado arrolasse a si mesmo para ser testemunha a favor da parte, em processo no qual atua como seu procurador, pois a sua condição profissional e o princípio processual do contrário lhe resguardam o direito de peticionar nos autos e de estar em permanente diálogo com os demais sujeitos processuais.”

<sup>219</sup> A acareação é admitida como prova pela norma do artigo. 229 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03/10/941 - Código de Processo Penal, pela norma do artigo.365 do Decreto-Lei n.º 1.002, de 21/10/1969- Código de Processo Penal Militar e pelo norma do artigo n.º 418;inciso II da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973- Código de

de prova utilizada para sanar divergências sobre circunstâncias dos fatos e questões, revelando influência do processo romano e do processo canônico, caracterizando difusão do sistema inquisitório de origem eclesiástica, reportando suas origens ao ciclo histórico da prova, viabilizando e fortalecendo aplicação do princípio da oralidade.

Em análise ligeira, com os avanços da tecnologia a prova documental veio a tornar-se insuficiente e precária para a demonstração de recebimento de determinada mensagem eletrônica. Exigindo-se a feitura de prova técnica pericial no provedor para verificação de envio ou recebimento de mensagem eletrônica, inferindo-se a existência de conexão entre os usuários envolvidos, por meio do arquivo *log* e o endereço IP<sup>220</sup>.

Na hipótese da honra (moral) de alguém vir a ser ofendida, através de um *e-mail* ou pela transmissão de ofensa através de website poderá a parte interessada valer-se de qualquer prova admitida pelo ordenamento jurídico. Todavia qualquer instrumento ou forma de prova poderá sofrer impugnação no procedimento.

Enfoca-se quanto a inspeção judicial a possibilidade do juiz deslocar-se e fazer-se presente no local da realização da prova, depreendendo-se tal forma de participação da norma contida no Parágrafo único do artigo.126 da Constituição. Contudo, no processo penal destaca-se a possibilidade da defesa requerer a reprodução simulada dos fatos, em face da norma existente no artigo. 7.º da Código de Processo Penal brasileiro, ou medida cautelar destinada a produção de prova, propugnando pela presença do juiz, inclusive na fase de inquérito civil, ou policial, ou durante os trabalhos desenvolvidos por comissão parlamentar de inquérito, antes de iniciar o processo.

### 3.2 Proposição e produção

Valendo-se de um critério cronológico Moacyr Amaral Santos revela que a prova passa por três momentos decisivos: o da *proposição*, o da *admissão* e o da *execução* ou

---

Processo Civil, sendo ostensiva ao processo do trabalho, diante da permissão contida na norma do artigo.769 do Decreto-Lei n.º5.452, de 1.º/05/1943-Consolidação das Leis do Trabalho. Deve-se encaminhar crítica à existência de Decretos-leis vigentes em nosso ordenamento jurídico, fato que revela antinomia e disparidade com o devido processo legislativo, no marco do Estado Democrático de Direito, sendo passível de debate e refutação, em face do princípio da legalidade ou da reserva legal.

<sup>220</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth..Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. . In: FUX., Luiz, NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processoe Constuição* ( coords) , São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006, p.962

*produção*.<sup>221</sup> Com magnífica compilação Moacyr Amaral Santos orientado-se pelas lições ministradas por Francisco Morato e Guiusepe Chiovenda estabelece as diretrizes do procedimento oral, tido como regra, no Código de Processo Civil de 1939, operacionalizado e demarcado no tempo do processo pelo sistema probatório que já buscava solução para compatibilizar princípios processuais: 1º) a predominância da palavra falada; 2º) a imediatidade da relação do juiz com as partes; 3º) a identidade física do órgão judicante; 4º) a concentração da causa no tempo; 5º) a irrecorribilidade das interlocutórias<sup>222</sup>.

A *proposição da prova* caracteriza a determinação dos fatos por provar e a indicação dos meios de prova, este é o momento inicial do procedimento probatório. Por conseguinte, o conteúdo da inicial, do autor, ou a resposta, contestação, exceção ou reconvenção do réu, pelas alegações dos fatos nelas contidas, já contém os meios de prova<sup>223</sup>.

James Goldschmidt postula que a proposição da prova consiste nas alegações formuladas por uma das partes demonstrando o efeito do fato mediante determinado meio de prova<sup>224</sup>. Esclarecendo, os fatos segundo os efeitos jurídicos que podem produzir, possibilitam a classificação em fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos.

Reportando-se aos ensinamentos de Goldschmidt, Betti, Chiovenda e Moacyr Amaral Santos argumentam a proposição das provas como ato das partes, por excelência, sendo desencadeada pelo princípio dispositivo<sup>225</sup>. O princípio da concentração impõe imediato conhecimento dos meios de prova, pois evitar-se-á na fase instrutória o surgimento de incidentes relativos a preliminares quanto a admissibilidade (licitude) dos meios de prova e mesmo à possibilidade de prova adequada e justificada aos fatos alegados<sup>226</sup>.

A exigência do apontamento e do esclarecimento dos meios de prova é justificada ou motivada em primeiro, evitar embaraço a parte contrária, facilitando o conhecimento do

<sup>221</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.225.

<sup>222</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.225-226.

<sup>223</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.226. Registra-se, no Código de Processo Civil de 1939 inexistia do ponto de vista da técnica processual e da ciência processual brasileiras a nomenclatura ou a terminologia da resposta do réu -o instituto da reconvenção, ora introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil de 1973. O instituto jurídico da reconvenção ampliou o campo de defesa para o réu e hoje exemplifica e incorpora os princípios do contraditório e da ampla defesa, a partir da Constituição de 1988, dentro da análise do ciclo de evolução da Ciência Processual e da Técnica Processual.

<sup>224</sup> O texto original apresenta a seguinte redação: "ofrecimiento formulado por una parte de demostrar un hecho mediante determinado medio de prueba" GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 257.

<sup>225</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.229.

<sup>226</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.229.

processo, permitindo ao réu amplo preparo da defesa e ao autor adotar as providências que reputar cabíveis, como oferecer prova contrária ou desistir da ação; segundo, toda prova constituída por documentos, os quais se funda a ação ou a defesa, deve pelo princípio da concentração ser submetida à apreciação do juiz, para que possa ele no despacho saneador, decidir a respeito da necessidade ou desnecessidade das demais provas propostas, em face das afirmações ou negações das partes<sup>227</sup>.

Prosseguindo, quanto aos critérios de conhecimento prévio e exibição da prova, despontam outros dois motivos; terceiro, porque a larga escala de ações, procedimentos e processos, que a lei estabelece e condiciona a propositura ou instauração a exibição imediata de certos documentos, prevendo hipótese de indeferimento; quarto, permitir a parte interessada na produção do documento, o qual esteja em poder da outra, disponha de tempo, prazo ou intervalo para requerer ao juízo sua exibição, evitando ser surpreendida, desfavorecida pela preclusão ou impossibilitada de exercer seus interesses e direitos processuais<sup>228</sup>. Restando caracterizada a efetividade e a hermenêutica dos princípios constitucionais, sobretudo do contraditório e da ampla defesa, e do modelo constitucional do processo nos ciclos temporais da prova, no procedimento.

A *admissão da prova* é o momento da avaliação preventiva de sua utilidade. Proposto o meio de prova ao juiz, deve este manifestar-se pela sua admissibilidade, sendo o primeiro contato do juiz com a prova.<sup>229</sup>

A *admissão* é ato do juízo, a exemplo da avaliação ou estimativa da prova. É ato de direção do processo, no contexto dos princípios do sistema dispositivo e no sistema inquisitório e autoritário, discutíveis para a prática de um direito democrático. Em qualquer desses sistemas, a prova indicada pela parte será submetida ao critério de admissão do juiz, que irá deferir ou rejeitar, permitir ou impedir o ingresso no processo<sup>230</sup>, deverá a parte fiscalizar e controlar a atividade ou a função do juiz, impedindo o erro judiciário e o arbítrio injustificável.

Na decisão interlocutória de saneamento, no procedimento ordinário, verifica-se o momento processual, no qual as provas, passam pelo crivo da admissão. O juiz irá analisar o

---

<sup>227</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.231-232.

<sup>228</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.232.

<sup>229</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.238.

<sup>230</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.240.

procedimento, os fatos que devem ser provados, após delimitará o objeto de prova e os meios de prova propostos.<sup>231</sup>

A *execução* da prova remete ao fazer o meio de prova obter ou produzir seus efeitos. Propicia-se neste momento processual a visualização, ou percepção, dos fatos alegados, utilizando-se por conseguinte, as expressões: “*produção* de documentos” e “*produção* de testemunhas”. Na *execução* das provas, a interferência das partes é regulada conforme o sistema processual adotado, contudo independente de qual seja o sistema não se deve obrigar ou impedir a participação das partes.<sup>232</sup>

A obrigatoriedade da intervenção das partes, na *execução* das provas, decorre do próprio interesse e direito. As partes incubem a produção das provas dos fatos alegados, interrogando testemunhas, requerendo designações de dia e hora para a realização de diligências, formular quesitos, requerer depoimento pessoal, porém caso a prova não seja produzida a parte arcará como o ônus e o risco da falta de prova<sup>233</sup>.

Debatendo-se a prova como ato ou procedimento da parte a ser produzido em contraditório, fornecendo ao juízo os elementos para formar sua convicção, pode-se considerar encerrado o ciclo probatório quando esta é produzida. Interpretando-se e compreendendo-se o significado de resultado objetivando a prova despertar e construir a convicção do juízo quanto à veracidade do fato, exige-se o acréscimo de mais um momento subsequente ao da produção, o momento da avaliação<sup>234</sup>.

Considera-se no contexto do processo contemporânea, que a prova possui quatro fases, na formação do provimento: proposição, admissão, realização e valoração<sup>235</sup>. Em todas as etapas a prova deve ser submetida a controle e fiscalização pelos participantes do procedimento, conexos ao princípio da legalidade ou da reserva legal, encontrando ressonância na licitude dos meios, artigo 5.º; inciso LX da Constituição<sup>236</sup>.

As normas jurídicas (princípios e regras) existentes no processo civil brasileiro, pertinentes a técnica de produção de provas, estabelecem a obrigação das partes em instruir

<sup>231</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.241.

<sup>232</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.245.

<sup>233</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.245.

<sup>234</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.302.

<sup>235</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cotejo entre o direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos. In: FUX., Luiz, NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processoe Constuição* ( coords) ,São Paulo: Revista dos Tribunais , 2006, p.955.

<sup>236</sup> VIEIRA, José Marques Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte:Del Rey, 2002, p.90.

seus principais arrazoados ( petição inicial e contestação ) com os documentos destinados à prova dos fatos que alegam em juízo, por meio do processo, portanto não podendo efetuá-lo pouco a pouco, no decorrer de todo itinerário procedimental, com a finalidade de surpreender o adversário. De forma idêntica, no procedimento sumário, as partes interessadas, se pretenderem produzir prova testemunhal e prova pericial, já na propositura da petição inicial e na oferta da contestação, devem apresentar o rol das testemunhas cuja inquirição pretendem, apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos, objetivando a demonstração de suas teses<sup>237</sup>.

A apresentação extemporânea de documentos, a omissão na prestação do rol de testemunhas e dos quesitos e a ausência de indicação de assistentes técnicos acarretam na preclusão. Consta-se o objetivo do legislador pátrio em imprimir celeridade ao procedimento e impor às partes uma conduta ética, pautada na boa-fé, impedindo que uma das partes surpreenda a outra, opondo emboscadas, obstáculos e tramas, agindo de modo temerário, em violação ao princípio do contraditório<sup>238</sup>.

José Marcos Rodrigues Vieira aponta proximidade entre o devido processo legal e o sistema da prova legal, quanto aos critérios de proposição e produção da prova técnica indispensável ao exame do mérito. Exemplificando-se tal entendimento pela caracterização da insalubridade, ou periculosidade, no processo do trabalho, pela investigação de paternidade, mediante a feitura de exame de DNA , para condenar a instituição financeira numa ação de indenização, diante de prova que esteja em seu poder, para constatação do erro médico, na inversão do ônus da prova em favor do consumidor e na requisição dos documentos no mandado de segurança, que se encontrem em poder da autoridade apontada como coatora<sup>239</sup>, podem resultar na impossibilidade de provar fato negativo, ou no ônus da prova negativo, cogitando-se na *probatio diabolica*.

No âmbito do direito à prova detecta-se o controle da admissibilidade de perguntas formuladas às testemunhas. Todavia, registra-se a imprestabilidade de prova “testemunhal” inquirida previamente, cujo o depoimento objetiva a concessão de liminar possessória, ou na cautelar preparatória, o testemunho deve ostentar os requisitos da oralidade e a oportunidade do compromisso, atendendo as exigências e as advertências da norma processual, ou dispensa formalizada<sup>240</sup>, sempre respeitando os princípios constitucionais aplicáveis à prova.

A prova produzida no procedimento é submetida à avaliação do juiz. Ao longo do ciclo histórico da prova surgiram 03 (três) sistemas para teorizar e estabelecer critérios de

---

<sup>237</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Fraude no Processo Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 93.

<sup>238</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Fraude no Processo Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 93.

<sup>239</sup> VIEIRA, José Marques Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84.

<sup>240</sup> VIEIRA, José Marques Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84

desenvolvimento do trabalho intelectual de apreciação e avaliação do juiz, esclarecendo, 1) o do critério *positivo* ou *legal*; 2) o da *livre convicção* e 3) o da *persuasão racional*.

O sistema de provas *positivo* ou *legal*, é também designado e interpretado por Alfredo de Araújo Lopes da Costa de *teoria da prova legal*.<sup>241</sup> Tem origem ou gênese nas ordálias-juízos de Deus<sup>242</sup> - no formalismo e no rigor do direito germânico, que se alastrou ou propagou com as invasões.

Nesse sistema de direito probatório, a prova *per pugnam*, o duelo, aplicava-se em todos os países da Antiguidade e da Idade Média, somente desaparecendo lentamente a partir de 1720, quando a suprimiu a ordenação de São Luiz. Os combates admitidos no direito lusitano, tinham a finalidade de impedir que os litigantes tivessem de jurar sobre fatos obscuros e perjurar sobre fatos incertos, segundo Moacyr Amaral Santos reportando-se o entendimento de Gondebardo, rei da Borgonha.

Moacyr Amaral Santos reconstrói e analisa a atividade ou a função exercido pelo juiz e pelas partes quanto a produção da prova no desenvolvimento do processo indistinto do procedimento, concebido como rito.

E nesse andar da prova, ainda as testemunhas de uma e de outra parte combatiam entre si: combate judiciário. Então, a função do juiz consistia apenas em assistir ao experimento probatório, com ou sem ritual, declarando somente o resultado da contenda.<sup>243</sup>

Para o pensamento de Lopes da Costa a teoria da prova legal pertence à divisão e taxionomia das provas em *plena* e *semi-plena*. Definindo-se como prova plena que o juiz aceite por ela julgue sem direito de exigir qualquer outra; A prova semi-plena, o juiz não

<sup>241</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.336.

<sup>242</sup> “Nas fases primitivas, o Direito tem um caráter religioso: o *jus* confunde-se com o *faz*, a classe dos jurisperitos com a classe dos sacerdotes. A norma jurídica é concebida como comando da divindade, o torto jurídico como ofensa à mesma, de sorte que, além da infração, este também é pecado. Nasce desta concepção o sentido *expiatório* atribuído à pena. O processo primitivo é constituído por longa série de ritos. Por exemplo: no sistema de provas, domina o conceito de que a divindade intervém, de modo a proteger o inocente e a inculpar o réu. Neste conceito baseia-se a *ordália* (juízo de Deus) que se encontra reproduzida de vários modos nas sociedades primitivas, não raro com grande crueldade( prova do fogo imersão do braço em água a ferver, etc.). Todas estas provas supõe que o inocente, assistido pela divindade, as suportará, demonstrando assim a sua inocência. Só a cabo de longa evolução histórica o Direito renuncia estas características, acabando os homens por reconhecer que ele, ao invés da religião, não tem propriamente fins ultra-mundanos, mas é um instituto puramente humano, que tende a tornar possível, a vida social, assegurando a cada um, em uma certa ordem, uma certa medida de liberdade que compreende também a liberdade religiosa.” DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 3. ed. v.II, Coimbra: Armênio Amado editor, 1959, p.308.

<sup>243</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo: Max Limonad, 1952, p.327-328.

poderia assentar a decisão, sem maiores elementos de prova auxiliares à prova escolhida ou selecionada para proferir julgamento<sup>244</sup>, a partir desta dicotomia Moacyr Amaral Santos esclarece o conceito de verdade legal<sup>245</sup>.

Prosseguindo Lopes da Costa, ressalta inadmissão da prova indiciária, diante da existência da prova plena, quer dos fatos constitutivos alegados pelo autor; quer dos fatos impeditivos ou extintivos alegados pelo réu, colocando o decisor ou julgador numa situação de “*nom liquet*” a qual era preciso solucionar. Aplicava-se as Ordenações Filipinas, III, 52, 36, exigia-se o julgamento supletória, deferido à parte caracteriza-se a intenção fosse feita meia prova<sup>246</sup>.

Moacyr Amaral Santos, fundamentando-se em Lessona, Gusmão e outros, reconhece a existência do intitulado *tarifamento* de provas, no qual cada prova tem um valor tabelado, pré-estabelecido, não permitindo liberdade do juiz ao avaliar a prova, reduzido à órgão passivo encarregado de atribuir valor a cada prova de acordo com o critério fixado pela lei. Não podendo o magistrado apreciar e reconhecer a prova conforme a eficácia que tem na formação de sua convicção<sup>247</sup>.

O juiz manifesta-se e decide apenas a verdade que decorrer do alegado e do provado- “*secundum allegata et probata judicare debet*” - no sentido de que não lhe é permitido decidir em consonância com o que foi alegado e decidido pelas partes, ainda que diversa seja a verdade, bem como, exaustivamente, cingir-se às normas legais da eficácia da prova. Era a parte inteiramente livre, por meio das provas legais a atuar sobre o intelecto do juiz.<sup>248</sup>

Era vedado ao juiz convencer-se da sua verdade fundamentando-se no depoimento de uma só testemunha, não podendo afirmá-la condicionando-se à regra –“*testis unus, testis*

<sup>244</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.336.

<sup>245</sup> “As regras estabelecem os casos em que o juiz deve considerar provado ou não, um fato; em que atribui, ou não, valor a uma testemunha; quando há prova *plena* ou *semiplena*; quantas provas semiplenas formam uma prova plena, excluindo de todo o juiz o poder de deliberar segundo a convicção que as provas lhe transmitem. É o sistema segundo o qual é previsto pela lei ‘um complexo de regras que, dividindo as provas em plenas e semiplenas, e cada uma de sua vez, em várias espécies, determinado o número de presunções necessárias para formar uma prova, o número de provas semiplenas necessário a uma prova plena, precisando os casos e defeitos devido os quais uma prova plena desce a semiplena, subordinada a idoneidade das provas à natureza do juízo, impediu a convicção do juiz, reduzindo o ofício do magistrado a uma verificação, toda aritmética, do concurso do número de elementos precisos para formar no caso concreto aquilo a que se chamou verdade legal’ ” SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.329.

<sup>246</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.336.

<sup>247</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.329.

<sup>248</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.329.



*nullus*” ou “*dictum unus dictum nullus*”- Uma só testemunha equivale a nenhuma testemunha- por mais que o julgador viesse a formar convencimento ou convicção de absurdo resultante do depoimento uniforme de duas ou mais testemunhas, dever-se-ia proferir decisão por cumprimento à regra- “*testius duobos fide dignis credendum*”- Duas testemunhas são dignas de credibilidade (certeza)<sup>249</sup>. Verifica-se que o sistema foi construído e reforçado pela dogmática e pela jurisprudência não permitindo a prática de um direito democrático.

No sistema da *prova legal*, a parte interessada iria munir-se do meio de prova hábil. Poder-se-ia estabelecer a estatística, segundo o qual os processos se reduziriam na direta proporção da possibilidade legal de provar determinado fato ou pretensão.

Por conseguinte, o sistema de provas da *livre convicção* é egresso do Direito Romano, na vigência do qual era dado ao juiz a mais ampla e infundada liberdade no coligir e no apreciar as provas para julgar. O juiz do Império Romano ao ministrar seu ofício procurava ao seu alvedrio,ou talante, a verdade dos fatos, avaliando as provas: ele pronunciava a decisão, de acordo com a sua consciência e segundo seus critérios de certeza, verdade e justiça, era como consequência do procedimento oral estabelecido pelo Direito Romano<sup>250</sup>.

O sistema de provas da *livre convicção* é identificado na leitura e lição de Alfredo de Araújo Lopes da Costa por *teoria da livre convicção*<sup>251</sup>. Na *teoria da livre convicção* o juiz examina livremente o conjunto do material probatório.<sup>252</sup>

Os julgamentos eram realizados “*secudum consciertiam*”- segundo a consciência, tal sistema era pernicioso, permitindo excluir ou omitir da obrigação de julgar ou decidir, sem que a ele fosse atribuída qualquer responsabilidade. Moacyr Amaral Santos, reportando-se aos comentários de Chiovenda e Fraga, disserta sobre a perplexidade de Auto Gélio, diante das provas produzidas em processo no qual litigavam um cidadão de virtudes inreprováveis e outro de moral duvidosa, apesar do conselho do sofista grego, para que desse preferência ao litigante mais honesto, usou ( não abriu mão) da faculdade que lhe era concedida,e não se considerou habilitado à julgar, jurando “*sibi non liquere*”-, esta prerrogativa de função escreve Chiovenda- é a suprema expressão da liberdade e incoercibilidade do juiz<sup>253</sup>.

<sup>249</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.329.

<sup>250</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.330.

<sup>251</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.336.

<sup>252</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.336.

<sup>253</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.330.

Carlos Lessona, com grande maestria e propriedade observou que o próprio Direito Romano não se manteve adstrito ou vinculado ao sistema de provas da *livre convicção*, operando-se a substituição gradativa pelo sistema de provas da *persuasão racional*, acabando por restringir de vários modos a liberdade de consciência do juiz quanto a prova, durante o período do direito imperial<sup>254</sup>. Tais restrições eram influência e reflexos do direito canônico, este delimitava a amplitude da persuasão do juiz ao impor ou instituir normas atinentes à formação do critério apreciativo do valor das provas<sup>255</sup>.

Moacyr Amaral Santos faz reflexão ao sistema de provas da *livre convicção*, também designado da *íntima convicção*, e enuncia que o juiz é soberanamente livre quanto à interrogação da verdade e à apreciação das provas. A verdade jurídica é construída na consciência do juiz, desvinculada de regra legal, quer seja à espécie de provas; quer seja condizente à sua avaliação.<sup>256</sup>

No sistema em enfoque, a convicção ou o convencimento no ato julgar não é proveniente apenas das provas colhidas e produzidas, mas sofre intervenção do conhecimento e das impressões pessoais do magistrado, o autorizando a excluir ou repelir toda e qualquer prova, ou mesmo todas as provas. Não existe o dever ou a obrigação pelo julgador de fundamentar, esclarecendo os motivos de suas convicção ou seu convencimento, não havendo apontamentos dos conteúdos e dos critérios utilizados para condenar ou absolver; acolher ou rejeitar a pretensão.

A discussão entre a adoção ou a aplicabilidade o sistema de prova da *livre convicção* e o *positivo* ou *legal* permaneceu em aberto, havendo divergência de correntes de pensamento e pensadores, exemplificando, São Tomaz de Aquino, célebre partidário da prova legal, opunha-se a Vinnius, defensor do critério da íntima convicção. No final do século XIX, em 1851, surgiu na Áustria *Zivilprozessordnung*, Código de Processo austríaco, obra das concepções de Franz Klein, contribuindo e fortalecendo os argumentos e teses dos adeptos do sistema da *livre convicção*.<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> LESSONA, Carlos. *Manuale delle prove in matéria civile*, 3.<sup>a</sup> ed., v.1, Firenze:Fratelli Cammelli, 1898, p.328.

<sup>255</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.330.

<sup>256</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.330

<sup>257</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.331.

José Alfredo de Araújo Lopes da Costa ao dissertar sobre o sistema da *livre convicção* conclui que o nome é mais extenso que a coisa. Registra-se a existência de duas grandes restrições para cercear a liberdade.<sup>258</sup>

A primeira restrição, consiste no juiz não poder atender ao que do processo não conste. O que não foi trazido para o processo é como se não existisse, explicitando a máxima latina “*quod non est in actis non est mundo*”-o que não está nos autos não está no mundo- perdura ressaltando os fatos notórios.<sup>259</sup>

Ainda cumpre esclarecer, refere-se a convicção enquanto assentimento da inteligência a um juízo. Embora aí a razão não se feche às influências da vontade inexistente poder humano que obrigue a consciência a admitir como verdade, aquilo que como verdade, lhe repugne a admitir.<sup>260</sup>

A segunda restrição, mitiga ou reduz o campo da *convicção livre*, reportando-se a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal do Sr. Francisco Campos, reproduzida por Lopes da Costa, que aduz:

Não se verá porém na liberdade com que o magistrado dirige a prova a adoção do princípio, preconizado no processo penal, de livre convicção do juiz. Pelo fato de coligar os seus meios de convicção, não fica o juiz autorizado a julgar com inobservância das regras estabelecidas pela lei civil quanto à forma e à prova dos atos jurídicos. Assim não fosse, estariam burladas as razões de economia, de amor à segurança, que inspiram ao legislador raras exceções ao princípio de que os atos dependem de forma especial<sup>261</sup>

Lopes da Costa constrói pensamento simples e didático ao refletir sobre a verdade, possibilitando aos pesquisadores ou processualistas estabelecer incursão crítica, apontando o erro ou falha comum ao princípio da busca da verdade, seja real ou formal.

O processo não é o campo inteiro onde se pode encontrar a verdade, mas um campo restrito, onde a verdade pode ou não estar. O que se arma ali como problema não é

---

<sup>258</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.337.

<sup>259</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.337.

<sup>260</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.337.

<sup>261</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.338.

pesquisar, sem limitações, a verdade, mas ver se a verdade está ou não está, entre aqueles fatos fixados no processo<sup>262</sup>.

O sistema de prova da *prova livre*, da *livre apreciação da prova* ou da *convicção íntima* confere ao juiz absoluta autonomia e liberdade na apreciação da prova, inclusive liberdade de seleção de presunções e das máximas de experiência na avaliação dela. Neste sistema é amplo o campo de pesquisa da verdade, mas a solução da controvérsia depende do contingências pessoais, intimidade ou da mentalidade do julgador.

O absolutismo e a arbitrariedade, como distorções da discricionariedade e da liberdade, são marcas do sistema de provas da *livre convicção* não prevaleceu e nem predominou na evolução histórica do processo e no sistema jurídico, não obstante a seqüela histórica remanescente no processo penal brasileiro, dentre outros, quanto a etapa ou fase de plenário do procedimento penal correspondente aos crimes dolosos contra a vida, onde o processo e o julgamento é conferido ao júri popular, formado por leigos, cidadãos investidos da atividade ou função de jurado, utilizam-se do sistema de provas da *íntima convicção* ou da *livre convicção*. Este sistema de provas da *livre convicção* não coaduna com a atual técnica processual, ciência processual e não resiste à crítica.

O sistema de provas da *persuasão racional* ou da *convicção condicionada*, ou da *convicção racional*, é apresentado como um sistema misto<sup>263</sup>. O juiz não obstante aprecie as provas livremente não se orienta pelas suas impressões pessoais, mas extraí suas convicções ou convencimento das provas produzidas, ponderando sobre a *vis probandi* destas, reduzindo a probabilidade de arbitrariedade, condicionada a regras jurídicas, as regras da lógica, as regras da experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram.<sup>264</sup>

Há liberdade, no sentido de que o juiz aprecie as provas livremente, considerando a apreciação vinculada aos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas, das regras jurídicas, das regras da lógica e das regras da experiência.<sup>265</sup> A convicção, assim fica condicionada; a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas

---

<sup>262</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro –Código de 1939*. 2.ª edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947, p.338.

<sup>263</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.332.

<sup>264</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.332.

<sup>265</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.332.

desses fatos, colhidas na causa; c) às regras legais e as máximas de experiência; por isso é condicionada e d) deve ser motivada.<sup>266</sup>

“*Em um primeiro momento processual*”, estabelece-se um vínculo entre os fatos e a relação jurídica controvertida, devendo o juiz partir deles, tais como foram narrados pelas partes, para relacioná-los às provas, se guiar na avaliação segundo os métodos que conduzem à verdade<sup>267</sup>. Tendo por pressuposto que é dos fatos que se faz prova é neles que o juiz buscará os primeiros motivos para formar a sua convicção.

O juiz não pode deixar de correlacionar a convicção dos fatos com os meios de prova, pois é deles que irá estabelecer a relação jurídica para sentenciar. Ao se afastar ou deixar de lado os fatos não será possível resolver a admissibilidade dos meios de prova., o permitindo avaliar a necessidade de produção de prova documental, testemunhal ou confissão da parte.<sup>268</sup>

“*Em um segundo momento processual*”, o juiz deverá formar sua convicção de acordo com os meios de prova, pressupondo a existência de provas legais, examina-se os elementos probatórios constantes do processo. O juiz atuará a partir da verossimilhança ou inverossimilhança para pautar sua convicção no depoimento de apenas uma testemunha, desconsiderando as demais, como poderá negar eficácia a todas elas, por se convencer da inverossimilhança de suas assertivas.<sup>269</sup>

Todavia, nunca a liberdade do juiz o autoriza formar convicção fora dos elementos probatórios existentes nos autos e fora dos meios admitidos ou exigidos por lei, o que, se autorizado ou permitido, passaria a ser aplicado ou observado o sistema de provas da *livre convicção* e não o da *persuasão racional*. O julgador decidirá segundo a regra, admitida pela lei- o que é notório independe de prova ou cumprir-lhe-á trazer ao processo os elementos de instrução necessários para motivar sua convicção, utilizando do poder para conduzir o processo e promover, a requerimento da parte, ou de ofício, quando a lei o permite, as diligências necessárias à instrução da causa e ao esclarecimento dos fatos<sup>270</sup>.

Moacyr Amaral Santos fazendo aporte nos ensinamentos de Goldschmidt registra aos critérios destinados à apreciação da prova pela atividade juiz ou tribunal Aliás, outra não é a

<sup>266</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.332.

<sup>267</sup> Deve considerar-se que Moacyr Amaral dos Santos é filiado a Teoria do Processo como Relação Jurídica proposta por Oskar Von Bülow, em 1868, final do séc XIX, a qual deu origem à Escola Instrumentalista.

<sup>268</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.333.

<sup>269</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.333

<sup>270</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.335.

orientação do próprio direito alemão, como ensina Goldshmidt: “O tribunal deve limitar-se, na apreciação das provas, às colhidas segundo os princípios da oralidade e da imediatidade”<sup>271</sup>

“*Em um terceiro momento processual*”, o julgador observará às regras legais e às máximas de experiência, importa dizer que o juiz não pode considerar-se convicto porque entende que a verdade é esta e não aquela, conquanto o direito e as máximas de experiência digam que ele está errado. Ninguém contesta ao juiz a liberdade de basear sua decisão, em apenas uma testemunha, mas ninguém concordaria que lhe desse preferência para, nela apenas fundado, negar autoridade a uma escritura revestida das formalidades legais.<sup>272</sup>

No direito lusitano, José Alberto dos Reis defende a existência de quatro momentos distintos para a produção da prova, dissertando e delimitando, pela seguinte enunciação : a) *Proposição da prova*: ato pelo qual a parte oferece a prova (apresentação do rol de testemunhas, requerimento de depoimento de parte, de exame, vistoria ou avaliação, de inspeção judicial, oferecimento de documento); b) *Admissão da prova*: ato pelo qual o juiz defere a proposição( recebe o rol, admite o documento, despacha favoravelmente o requerimento para depoimento, arbitramento ou inspeção); c) *Produção de prova*: atos das partes, do juiz e de terceiros tendentes à formação da prova (interrogatório da parte, depoimento das testemunhas, realização do exame, da vistoria, da avaliação e da inspeção); d) *Assunção da prova*: ato pelo qual se incorpora ao processo o material probatório ( junção de depoimentos, de assentada, de carta precatória de inquirição de testemunhas ou de arbitramento, de relatório de peritos, de desenhos, plantas e mapas)<sup>273</sup>.

Dentre as regras legais que influenciam a convicção estão as relacionadas ao objeto da prova, ao ônus da prova, aos quais fornecem ao juiz critérios de avaliação, a exemplo daquela que registra que os fatos não contestados são admitidos com verdadeiros. As normas processuais são imprescindíveis na distribuição, na inversão do ônus da prova e na construção da sentença, esclarecendo e precisando fatos e informações, refutando erros, interpretações subjetivas, versões aleatórias e desconexas.

---

<sup>271</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.336.

<sup>272</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.336.

<sup>273</sup>REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, v.III, Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p.239.

### 3.3 O ônus da prova

A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil brasileiro veio a ser objeto da proposição legislativa de Alfredo Buzaid, à época Ministro da Justiça, aprovada em 1973, o qual argumenta a admissibilidade na distinção entre fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos orientando-se pelo ordenamento jurídico processual italiano<sup>274</sup>. A leitura do artigo 333; do inciso I e do inciso II do CPC revela que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo daquele direito<sup>275</sup>, constatando-se que o legislador adotou ou incorporou a teoria proposta por Carnelutti<sup>276</sup> fazendo também aproveitamentos em Chiovenda.

As provas se referem aos fatos positivos, pois os simplesmente negativos não podem ser provados. Daí que, inicialmente, o ônus da prova corresponde a quem afirma. Mas se a negação é consequência de um fato positivo, tomando por exemplo o pagamento de uma dívida, já não se trata de algo simplesmente negativo.

Elucidando a classificação dos fatos alegados pelas partes no processo deve-se examinar a finalidade da pretensão. Moacyr Amaral Santos, adepto da teoria do processo como relação jurídica, explana a taxionomia comumente aceita, embora não isenta de críticas<sup>277</sup>, é a que diferencia ou demarca os fatos em constitutivos, extintivos, impeditivos<sup>278</sup>

<sup>274</sup> BUZOID, Alfredo. *Do ônus da prova. Estudos de direito* v.1. São Paulo: Saraiva, 1972, p.76-77.

<sup>275</sup> Há ressonância nos estudos e nos trabalhos dos processualistas sobre a distribuição das cargas probatórias “Assim, conforme disposto no art.333 do CPC, ‘o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor’. Em contexto tal, ‘a consideração do intérprete haveria de dirigir-se, básica e cumulativamente, (a) à posição da parte em juízo (se autor ou réu) e (b) à espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo)’, distribuindo-se deste modo as cargas da prova.” FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson e ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor Barbosa Moreira*. KNIJNIK, Danilo. *As(perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. São Paulo: RT, 2006, p.943.

<sup>276</sup> Afirmam os estudos processuais esmerados e produtores na pesquisa científica desenvolvidos por Rosemiro Pereira Leal após realizar leitura teórica do Código de Processo Civil que a norma integrante do seu art.333 seguiu a proposição de Carnelutti LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p.306.

<sup>277</sup> Ressalva-se que Moacyr Amaral dos Santos é seguidor e encontra-se vinculado à Teoria do Processo como relação jurídica proposta por Oskar Von Bülow, em 1868 trabalhado na obra *Die Lehre Von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (Giessen, 1868), encontrando-se traduzida para o espanhol sob o título *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (EJEA, Buenos Aires, 1964). Bülow argumenta que o processo é uma relação jurídica dinâmica de natureza jurídica pública, pois rege-se pelo Direito Público. Portanto a teoria sustenta-se por dicotomias: relação jurídica pública e relação jurídica privada; direito público e direito privado. O processualista alemão elaborou a expressão “pressupostos processuais”, que prevalece na Técnica Processual e na Ciência Processual. Perfazendo a crítica quanto ao estudo e trabalho do processo como instrumento da jurisdição; ausência da epistemologia; a ausência de demarcação e distinção entre

e modificativos, segundo determinam, extinguem, impedem ou modificam sua eficácia jurídica. Os fatos constitutivos têm eficácia de constituir a relação litigiosa (pretensão resistida), dar-lhe vida; os extintivos acarretam a extinção desta relação (pretensão); os impeditivos impedem a eficácia do fato constitutivo; os modificativos dão nova característica a este, e, pois, à relação litigiosa (pretensão resistida)<sup>279</sup>

Antonio Dellepiane compreende que os preceitos criadores de presunções existentes nos códigos referem-se à prova, são normas impositivas do meio de prova – indiciário- pelas quais exime-se uma parte do ônus de provar outro fato senão o indicador daquele que alega como fundamento de seu direito, transferindo ou invertendo tal ônus para o adversário ou negando a este a faculdade de recorrer a prova alguma demonstrativa da não existência de tal fato decisivo<sup>280</sup>. Assim, percebe-se pela própria dinâmica ou desenvolvimento do processo a inversão do ônus da prova<sup>281</sup> como efeito da distribuição do ônus da prova e não como imposição da norma processual, em decorrência da impossibilidade da parte ter acesso a prova pretendida para obtenção do direito.

A maioria dos processualistas entende que o magistrado continua sendo o gestor da prova, fortalecido em seus poderes, não mais tomando por referência o modelo clássico, representado pela norma contida no artigo.333 do Código de Processo Civil, mas dotado da possibilidade de inverter o *onus probandi*, valendo-se da norma presente no artigo.6º;inciso VIII da Lei n.º 8.078, de 11/09/1990- Código de Defesa do Consumidor. Deve-se problematizar e questionar os critérios da verossimilhança e da hipossuficiência do

---

processo e procedimento; inexistência de incorporação do processo constitucional, do modelo constitucional do processo e dos princípios constitucionais, incompatibilidade e impossibilidade de aplicação da teoria com o processo legislativo e impropriedades com a prática e o reconhecimento de um direito democrático.

<sup>278</sup> Dentro da testificação e da proposição de uma teoria da prova, a análise, a interpretação e a compreensão dos fatos impeditivos pode ser associada aos efeitos da preclusão, na estruturação do procedimento, perfazendo as concepções de Élio Fazzalari quanto ao exercício e ao não exercício de poderes, faculdade, deveres e ônus. Elmano Cavalcanti Freitas enuncia: “os efeitos da preclusão não se projetam fora das fases processuais onde se situam, pois o seu objetivo é exatamente o de fechar as diversas fases procedimentais, evitando que se reabram prazos para a prática de faculdades processuais ou que elas se exerçam quando já praticadas” FREITAS, Elmano Cavacalti de. *Revista Forense* v.240, p.23.

<sup>279</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.105.

<sup>280</sup> DELLEPIANE, Antônio. *Nova Teoria da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro:José Kafino Editor, 1958, p.109.

<sup>281</sup> “Se é regra que ao autor incube o ônus da prova de suas alegações, também devem ser observadas as exceções previstas à regra, tal como dispõe os arts. 334 e 335 do CPC. A hipótese, aqui, é típica de inversão do ônus da prova: caberia aos réus provarem que tomaram todas as providências necessárias para que o instrumento cirúrgico fosse recolhido com os demais, evitando-se o sinistro. E neste sentido nada foi provado o esquecimento da pinça no abdômen da paciente deixa claro que a equipe médica não tinha nenhum controle instrumental posto à sua disposição. Isto porque, segundo afirma o perito, o normal acontecer das coisas é no sentido de que o médico e sua equipe façam o inventário do material utilizado na cirurgia, antes e depois de sua realização. Ora se a pinça ficou dentro do abdômen da paciente, o normal acontecer das coisas demonstra que tais cuidados não foram tomados, o que configura a negligência e a imperícia no trato com a doente.”(TRF 3ª Região, 4.ªT., rel. Juíza Marisa Santos, j. 09.12.1998, DJU 18.05.1999.



consumidor, identificando-se a parte que apresenta melhores condições de produzir prova e a impossibilidade ou dificuldade de acesso à prova pretendida, para distribuir este ônus entre as partes<sup>282</sup>.

A inversão do ônus da prova deve ser realizada em fase ou momento processual que precede a instrução, na decisão declaratória que realiza o saneamento do processo. Barbosa Moreira disserta que “as normas sobre a repartição do ônus da probatório consubstanciam, também regras de comportamento dirigidas aos litigantes.”<sup>283</sup>

A inversão do ônus da prova efetuada no momento do julgamento, transgride os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além de ser contrária a técnica processual de produção de provas e as teorias do processo contemporâneas. Diante desta situação na qual a parte vem a se surpreendida pelo encargo não atribuído ou distribuído, previamente, pela regra jurídica, Barbosa Moreira manifesta o seguinte ensinamento “Se lhe foi transferido um ônus -que, para ele, não existia antes da adoção da medida -, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir”<sup>284</sup>

A prova deve ser disponibilizada ou estar ao alcance da parte interessada. A facilitação e a praticidade quanto ao acesso à prova, na qual efetiva o acesso à jurisdição, torna produtora a técnica processual e as teorias que integram a ciência processual contemporânea, perfaz adequadamente, a isonomia entre as partes, artigo.125;inciso I do Código de Processo Civil, o princípio da solidariedade, presente no sistema processual, no dever dos litigantes contribuírem com a descoberta da verdade, artigos.14; inciso I e artigo.339 do Código de Processo Civil, na litigância de boa-fé depreendida pelas normas dos artigos 17, 129 e 273; inciso II do Código de Processo Civil e no dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça, artigos.125; inciso III e artigo.600 do Código de Processo Civil.<sup>285</sup>

Em síntese, o ônus da prova não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco pela sua não produção. Somente após realizada a resposta do réu, no procedimento, far-se-á possível estabelecer com exatidão o ônus da prova, diante da existência, ou inexistência, da alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, alterando o critério de distribuição feito pela norma processual, originariamente.

Não se confunde do ponto de vista da técnica processual ou da ciência processual, efeitos do ônus da prova e efeitos da revelia, pois o ônus da prova compreende a carga

---

<sup>282</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. Editora: Revista dos Tribunais, 2006 p. 341.

<sup>283</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *RePro*. São Paulo:RT, n.78, abr./jun.1995, p.306.

<sup>284</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *RePro*. São Paulo:RT, n.78, abr./jun.1995, p.308.

<sup>285</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. Editora: Revista dos Tribunais, 2006 p. 342.

probatória distribuída às partes, mas não as conseqüências processuais advindas pela ausência de manifestação ou de resposta exclusiva do réu, não obstante ambos institutos jurídicos possam ser utilizados ao fundamentar-se uma decisão. Aroldo Plínio Gonçalves manifesta entendimento sobre a revogação do artigo 322 do Código de Processo Civil, em decorrência do contraditório passar a integrar princípio constitucional, artigo 5º; inciso LV da Constituição brasileira, e não mais apenas princípio processual<sup>286</sup>.

### 3.4 Valoração e valorização da prova no procedimento

Primeiramente, a valoração da prova implica na identificação da existência de elemento de prova nos autos no procedimento. Posteriormente, pela valorização, é mostrar o conteúdo de relevância do elemento de prova, na formação do convencimento do decisor, precedendo a valorização<sup>287</sup>.

Em ato de cognição contínuo, efetiva-se a valorização da prova, comparando os diversos elementos de prova na estrutura procedimental, vindo a escalonar sua relevância, fixando convicção nos postos da norma processual, cuja lei estabeleceu preferência, em relação a outros argumentos e articulações produzidos pelas partes<sup>288</sup>.

Encaminha-se crítica quanto a omissão do juiz, quanto a prova constante dos autos, isto é, sequer veio o servidor público a cumprir seu dever de ofício em apreciar, ou observar, à prova, abstendo-se de valorar a prova. Em face do descaso do magistrado quanto a recusa da apreciação da prova, motivar-se-à a interposição de embargos de declaração, apesar de objetivarem pré-questionar aspectos dúbios do procedimento, por não raras vezes, o recurso é julgado procrastinatório<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> “Pelo princípio da hierarquia das leis, o art.322 do Código de Processo Civil perde a eficácia, pois contraria o princípio constitucional do contraditório. É possível que o réu não compareça para se defender por uma infinidade de motivos diversificados, que absolutamente não interferem em seu direito de participar da formação do provimento. Contudo, constitui enorme incongruência afirmar-se que ele poderá intervir em qualquer fase que o processo se encontre, se se afirma, também e conjuntamente, que os prazos correm para ele, independente de intimação. Sem se entrar na questão das regras da contagem do prazo, já se percebe que seria verdadeiramente incompreensível a garantia de participação ao revel, em fases posteriores àquela em que se caracterizou o efeito da revelia, se não é ele cientificado dos atos que lhe permitam a participação. O art.322 do Código de Processo Civil contraria o princípio do contraditório e é incompatível com a norma constitucional, pelo que só pode se considerar revogado ” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1.ªed. Rio de Janeiro: Aide. Editora 2001, p. 148-149.

<sup>287</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p.199.

<sup>288</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p.199.

<sup>289</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p.199-200.

Rosemiro Pereira Leal valendo-se de critério legal e do esclarecimento do conteúdo estabelece a diferença entre a valoração e valorização. A valoração é ato de apreensão intelectual do elemento de prova e a valorização é ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova<sup>290</sup>.

Francesco Carnelutti não compreende e nem conceitua as presunções como meio prova, por sua própria existência ou previsão normativa, mas estas convertem-se em prova por sua fortuita conexão com o fato de provar. Por isso, uma classificação possível de ser efetivada remete a sua valoração<sup>291</sup>.

Critica-se o fato da lei apontar meios de prova e, algumas vezes, até estabelecer limite no valor de uma ou outra, ou mencionar que uma exclui outra, não significa dizer que adotou o sistema de prova legal. Aliás, a norma do artigo 332 do Código de Processo Civil brasileiro é expresso em admitir meio de prova não previsto, desde que não venha a violar os princípios da licitude e da moralidade.<sup>292</sup>

Diferencia-se direito à prova do sistema de prova legal, pela lógica da organização de nosso sistema processual, que apenas cuida da regulamentação dos meios de prova, não implicando no tarifamento de prova ou na prova tarifária não havendo como admitir e atribuir valor legal à prova. O sistema de prova legal, não obstante acate a indicação dos meios de prova, admite o livre convencimento, mas afasta –se de nosso sistema jurídico ao admitir a supremacia obrigatória de provas sobre outras.

O ato de especificação dos meios de prova em lei, objetiva à admissibilidade da forma de produção, atribuindo a prova adequação e eficácia. A validade da prova pressupõe a produção na procedimentalidade.<sup>293</sup>

Com efeito, as declarações de ciência por escrito, nas quais a pessoa ateste a existência, ou inexistência, de um fato não se aperfeiçoa como prova documental. A declaração transformar-se-á em prova testemunhal, na hipótese do declarante prestar depoimento, com a participação do juiz e das partes, em contraditório pleno e exauriente.<sup>294</sup>

---

<sup>290</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 6.ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005, p.199.

<sup>291</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1939, p.322.

<sup>292</sup> SANTOS, Ernani Fidélis dos. Sistema probatório do processo civil brasileiro. In FIÚZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. (coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.104.

<sup>293</sup> SANTOS, Ernani Fidélis dos. Sistema probatório do processo civil brasileiro. In FIÚZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. (coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.104.

<sup>294</sup> SANTOS, Ernani Fidélis dos. Sistema probatório do processo civil brasileiro. In FIÚZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. (coord.) *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.104.

A doutrina e a pesquisa italianas orientadas por estudos e por trabalhos no plano infraconstitucionalidade, especificamente pelo processo penal, desenvolveram um novo conceito de *inutizzabilità della prova*, que em nosso ordenamento pode ser compreendido como ineficácia e proibição de valoração.<sup>295</sup> Ao contrário do sistema jurídico italiano nosso ordenamento jurídico processual que rege a prova encontra-se constitucionalizado, apresentando-se na vanguarda do Direito Processual e da ciência processual.

Deve-se criticar e combater a aplicação do designado princípio da proporcionalidade, tendo em vista que este possibilita ao juiz a valoração dos meios de prova pleiteados pelas partes, ou por terceiros, ou delimitado por ele próprio de ofício, sem aplicar o contraditório, criando-se um espaço de vasta atuação, com ausência de controle e fiscalização da atividade exercida pelo magistrado<sup>296</sup>. Portanto, o advogado, o defensor público e o promotor de justiça, atuando em nome do cidadão ou do povo (coletividade), devem questionar os limites e os fundamentos para aplicação das normas existentes nos artigos 130 e 332 do Código de Processo Civil brasileiro, sobretudo do artigo 32 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis - Lei n.º 9.099/95.

Presunção-de “*prae*”, “*sumere*”, tomar por antecipação - adquire o sentido em Direito, de ato de pressupor ou supor provado um fato antes de demonstrada a sua existência. O fato conhecido, fato-base, que pode levar a conclusão do fato que se pretende provar, é um indício, por conseguinte o indício pode levar a presunção.

Importa esclarecer, repensar e reler as expressões em Latim, legadas do ciclo histórico do sistema romano germânico, influenciadas pelo Direito Canônico, eliminando praxismos correspondente as presunções para afastá-las das fundamentação das decisões e aperfeiçoar o direito à prova quanto a Hermenêutica Jurídica. Exemplificando-se, as seguintes: “*praesumptio cedit veritati*”- a presunção cede a verdade, “*praesumptio hominis*”- presunção comum (natural/humana), “*praesumptio jure et de juris*”-presunção de veracidade jurídica absoluta, “*praesumptio juris tantum*”-presunção jurídica relativa, “*praesumptio, una tollitur altera et potior debiliorem*”-uma presunção elimina a outra, e a mais convincente supera a mais fraca e “*praesumptiones cessant in claris*”-desnecessárias as presunções quando os fatos estão claros.

---

<sup>295</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução* 2.ª ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 61.

<sup>296</sup> FERNANDES GÓES, Gisele Santos. *Cotejo entre direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos*. In. FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *Processo e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.955.

Os processualistas sempre buscaram exemplificar o fundamento e os efeitos das presunções para formar a convicção ou o convencimento do julgador<sup>297</sup>, demonstrando tratar-se de critério subjetivo e de grande ambigüidade. A legislação processual civil e criminal contemplam as presunções.

Moacyr Amaral Santos preceitua que inexistente falta de prova quando a presunção legal milita a favor de alguma das partes, estando a prova compreendida na presunção necessária para solucionar a controvérsia<sup>298</sup>. De acordo com os estudos clássicos, na hipótese da prova não admitir a produção de outra em contrário, ou seja, uma contraprova, a presunção será “*juris et de jure*”; ao revés, quando a prova admitir prova em contrário, a presunção será “*juris tantum*”<sup>299</sup>, a partir do critério hermenêutico e da dicotomia a parte terá por demonstrada suas afirmações e intenções, ressalvada ou excluída a produção de prova em oposição.

O critério das presunções viola os princípios constitucionais da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, sendo enigmáticos, rudimentares e obscuros enquanto possibilidades de constituírem-se em elementos, meios ou instrumentos da técnica processual e da teoria processual da prova ou da fundamentação das decisões. As presunções podem induzir a falsa obtenção de decisões pautadas na efetividade trabalhada e reduzida como celeridade (aceleração) amputando ou distorcendo o módulo de espaço e tempo no procedimento para a produção de prova

As máximas de experiência constituem regras não escritas, ou não transcritas, no texto da lei, de que o juiz poderá valer-se para esclarecer as informações e os fatos levados a seu conhecimento, tal critério hermenêutico é advindo, ou egresso, do sistema jurídico da livre

---

<sup>297</sup> “quando juiz inverte o ônus da prova, faz uso das presunções. Para evitar o arbítrio judicial, é necessário que o juiz além de motivar a decisão, garanta previamente o contraditório, com a finalidade de dar a possibilidade para que as partes possam apresentar suas alegações e valer-se dos mecanismos probatórios, tendo oportunidade para influir no convencimento do órgão julgador. Quando a inversão do ônus da prova se dá no momento da decisão, corre-se o risco de *surpreender* a parte, que vem a se dar conta do ônus probatório somente no momento da sentença, favorecendo a obtenção de decisões baseadas na *falta de prova* quando seria mais recomendável, para o sistema processual, preocupado com a justiça da decisão, que o provimento jurisdicional fosse baseado em provas concretas. Assim a regra da inversão do ônus da prova não pode ser tratada como uma *regra de julgamento*, já que o sistema processual deve possibilitar todas as tentativas para que a prova seja obtida, tornando a aplicação da regra do ônus da prova, em sentido objetivo uma *última ratio*, não como uma regra *a priori* destinada a determinar a sucumbência e a exclusão da prova. Ademais, tratar a regra de inversão do ônus da prova como uma regra de julgamento implica a construção de um critério discriminatório e parcial, contrariando o princípio da *colaboração processual* entre o juiz e as partes e a noção democrática de legitimação da decisão judicial através da *participação*, especialmente pela impossibilidade do efetivo exercício do direito à prova contrária” CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.146-147.

<sup>298</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.320.

<sup>299</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952, p.320

apreciação da prova. As máximas não poderão iram prevalecer, quando houver norma jurídica prevendo a matéria.

A valoração e a valorização das provas no procedimento constitui critério objetivo do julgamento. Deve o juiz diante da necessidade de feitura de novo exame do DNA, determinar a realização da prova técnica pericial, a título de contra-prova.<sup>300</sup>

A análise da prova, ou do direito probatório, pode resultar em erro judiciário e nulidade para a decisão, devendo o processualista problematizar, diagnosticar, enfrentar e resolver pontos e questões atuais, complexas e polêmicas ao administrar à jurisdição. Os equívocos e nulidades podem advir de um erro no ato de decidir e de incidentes detectados, na prática de atos processuais, tais como, uma lide simulada, um falso testemunho, uma falsa perícia, a falsificação de um documento e a impossibilidade de produzir prova<sup>301</sup>.

Não se deve valorar as provas, quando elas forem incorretamente admitidas e a ilicitude tiver ocorrido durante a produção do meio de prova. Na hipótese do juiz valer-se da prova ilícita ao decidir, a decisão será nula por falta de motivação. Com efeito, apesar de

---

<sup>300</sup>CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006., p.234 e 235. “Com evolução das provas científicas, o art. 436 do CPC, pelo qual o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, merece uma interpretação que, ao mesmo tempo, preserve a autoridade do juiz e contemple o conhecimento técnico necessário para que a decisão judicial se legitime socialmente. Para ilustrar esse problema, poder-se-ia indagar se o juiz pode desprezar o exame do DNA nas ações de investigações de paternidade, sabendo-se que o laudo pericial é capaz de apontar com 99,9% de certeza a paternidade biológica. Vale mencionar, neste contexto, acertada é a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 397.013-MG, quando a 3ª Turma deu provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença. Tratava-se de ação de investigação de paternidade, ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais, em face do suposto pai da criança. O exame do DNA deu negativo e o juiz de primeiro grau julgou o pedido improcedente. Contudo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à apelação afirmando que o exame do DNA, a despeito de negativo, não constitui tipo de prova absoluta, pois possui margem de erro, que não pode ser desprezada. Ademais, afirmou que havia prova suficiente de relações sexuais entre a mãe e o suposto pai, à época da concepção, além de a mãe possuir vida recatada, honesta e de comprovar a fidelidade ao acusado. O Superior Tribunal de Justiça recebeu o recurso especial por ter considerado que houve incorreta valoração da prova, conhecendo-o por violação aos arts. 131 e 145 do CPC, aduzindo que o grau de precisão do teste não pode ser afastado por prova oral em contrário, bem como asseverando que a discussão não envolvia reexame de prova, mas a valoração da prova, isto é, do exame do DNA em relação às demais provas admitidas em direito. Para a Ministra Fátima Nancy Andrighi, de forma acertada, a decisão não privilegia a tese de que o exame de DNA constitui prova absoluta, mas que, diante da divergência, a realização de novo exame tornará possível a valoração das provas produzidas: ‘Se o segundo teste de DNA confirmar a conclusão do primeiro teste, as demais provas devem ser desconsideradas, e se o segundo teste de DNA contraditar o primeiro, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.’ Determinou-se, então, que o novo teste fosse realizado por outro laboratório, em Belo Horizonte, com vistas a minimizar a possibilidade de erro, não apenas da técnica em si, mas também (e principalmente) em razão da falibilidade humana, ao se colher e manusear o material utilizado no exame. Portanto, este caso bem ilustra que o juiz não deve desprezar o conhecimento técnico que deve se impor sem que, com isto, o magistrado perca a sua autoridade.”

<sup>301</sup> CORDERO, Franco. *Il giudizio d'onore*. Milano: Giuffrè, 1959. p76.

haver distinção entre inadmissibilidade e nulidade, ambas resultam e repercutem na invalidade do ato processual, incompatível com o ordenamento jurídico<sup>302</sup>.

Somente as provas submetidas ao princípio do contraditório podem e devem ser valoradas e valorizadas no procedimento pelo juiz. Exige-se que as prova sejam produzidas em contraditório pelas partes, caso contrário será nula a sentença que valorar e valorizar provas emprestadas ou produzidas em outro procedimento.<sup>303</sup>

Em nosso processo penal a valoração e a valorização da prova na estrutura técnica e normativa do procedimento não podem ser excluídas ou mitigadas da prática dos atos processuais, por vinculação ao devido processo constitucional e ao princípio do Estado Democrático de Direito. Assim, pela defesa da liberdade e pela prática de um direito democrático, a prisão somente legitima-se após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, inexistindo antecipação de execução penal, questionado-se a legalidade e a prova das hipóteses da prisão preventiva e das demais prisões cautelares, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 5.º; inciso LVII e LXI da Constituição); a inexistência de contraditório no inquérito policial, intelecção e exigência ostensiva ao inquérito civil e às comissões parlamentares de inquérito, inclusive com a possibilidade de defesa técnica ( artigo.5.º; inciso LV, LXII e LXII da Constituição); cautelaridade sempre cognitiva e obrigatoriedade de defesa técnica (artigo. 5.º; inciso LV da Constituição); o direito incondicionado ao silêncio, impedindo a produção de prova contrária ao interrogado-autodefesa, - e assistência efetiva de advogado(artigo 5.º; inciso LXIII e artigo.133 da Constituição); direito à liberdade provisória mediante o arbitramento de fiança (artigo.5.º;

<sup>302</sup>. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.119.

<sup>303</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006 p. 54. “Segundo a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ‘*Habeas Corpus* – Nulidade da sentença condenatória – Cerceamento de defesa. I – É nula a sentença condenatória que dá fundamental importância à prova testemunhal do processo em apenso, no qual o réu não foi parte ,para decisão dos autos principais. II – Só as provas produzidas contraditoriamente com a parte, à qual se opõem, poderão e deverão ser levadas em consideração pelo juiz. Recurso provido, em parte’ (1.ªT., Rec. de *Habeas Corpus* 48.668-SP, rel. Min. Moacir Amaral Santos, *RTJ* 58/173). No mesmo sentido : TJPR. 3.ªCâm.Cív., Ac. 15.097, rel. Ivan Bortoleto, *DJ* 08.03.1999; TJPR, 2.ª Câm. Cív., Ac. 13.057, rel. Des. Ângelo Zattar; *DJ* 18.11.1996; TJTF, Turma Criminal, Ap. Crim. 691.684, Ac. 34.122, rel. Waldir Meuren, j. 22.08.1985, *DJ* 03.10.1985, p.17.172., TAPR, 5.ª Câm. Cív., 73.724.800, Ac 3475, rel. Cunha Ribas; j. 28.12.1994, *DJ* 17.02.1995; TAPR, 1.ª Câm. Cív., Ap. Cív. 55.489.600, Ac. 3816, rel. Munir Karam, j.16.02.1993, *DJ* 30.04.1993; 2.ª TACivSP , 7.ª Câm., Ap. 499.640, rel. Antonio Marcato, j. 27.01.1998; 2.ª TACivSP , 11.ª Câm. Ap. 540.911, rel. Artur Marques, j. 01.03.1999; TAMG, 3.ª Câm. Cív., Ap. Cív. 199.313-7 rel. Dorival Guimarães Pereira, j. 21.05.1997; TARS, 2.ª Câm. Cív., Ag. Instr. 188.055.735, rel. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. 25.08.1988. Na doutrina, Eduardo Talamini sustenta que não ‘procede a assertiva de que seria desnecessária a participação do prejudicado no processo anterior, bastando que lhe desse oportunidade de manifestação sobre a prova depois de seu traslado. É que o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Mais do que isso, através dele assegura-se a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado. Ao direito ‘fiscalizar’ e ‘influenciar’ o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória’. (Prova emprestada no processo civil e penal, *Revista de Processo*, v. 91, p.96-97)”.

inciso LXVI e LXVIII da Constituição); direito à liberdade provisória sem o arbitramento de fiança (artigo 5.º; inciso LXVI da Constituição) e à liberdade provisória na apelação em caso de condenação por crime inafiançável (artigo.5º; inciso XLII, XLIII e XLIV da Constituição)<sup>304</sup>, sendo inadmissível e incompatível com o ordenamento jurídico e com o sistema jurídico a impossibilidade da concessão da garantia do habeas corpus em relação a punições disciplinares militares ( artigo.5.º; incisoLXVIII e artigo. 142; §2.º da Constituição).

No processo penal, o acusado não pode ser reduzido à objeto de prova, pois ele é sujeito de direitos, poderes, faculdades, deveres e ônus processuais e constitucionais. O instituto jurídico da prova evoca uma aplicação do processo constitucional, em defesa da cidadania, enquanto metodologia de direitos e garantias fundamentais ou liberdades fundamentais.

---

<sup>304</sup> VIEIRA, José Marques Rodrigues.*Da ação cível*.Belo Horizonte:Del Rey,2002, p.91.



## CONCLUSÃO

A prova é unidade epistemológica, lógica, filosófica, metodológica, paradigmática, principiológica, processual, sistêmica e teleológica.

O direito à prova (direito probatório) é um direito fundamental, portanto legitimado a qualquer pessoa, tratando-se de um direito democrático, formulando-se a proposição da prova na construção do Estado Democrático de Direito.

O direito à prova (direito probatório) está estabelecido na norma constitucional, na hipótese de desrespeito ou sua violação inexisterão os princípios do contraditório e da ampla defesa que são legitimados pela prova e conferem legitimidade à prova.

A prova não pode ser mais estudada e trabalhada, estritamente e exclusivamente, no paradigma Positivista, devendo a pesquisa científica avançar no paradigma Pós- Positivista, portanto o direito à prova não é um direito subjetivo, potestativo, autocrático, infalível e incondicionado, nem deve pautar-se, justificar-se e ensinar-se pela construção e manutenção (preservação) da cultura, da tradição e da história do Direito.

A prova não pode ser baseada ou fundamentada no Direito Natural ou jusnaturalista, nem na Moral, nem na Metafísica, nem em dogmas, nem na mítica, nem na ideologia, nem em critérios subjetivos, devem ser excluídas as proposições de busca da verdade, de obtenção de certeza absoluta ou plena e de manutenção de segurança jurídica.

A prova possibilita a proposição, unificação e a fundamentação de uma Teoria Geral do Processo, de uma Teoria Geral do Procedimento e de uma Teoria Geral da Cognição, a teorização da prova é o núcleo da Teoria Geral do Processo, sendo o marco central, onde estão presentes os conteúdos, os pontos e as questões para os debates e os postulados da ciência processual.

A prática antecede a teoria como a técnica antecede a ciência, assim, por conseguinte, a técnica processual tem como pressuposto a técnica da produção de provas. A ciência do processo é em síntese a ciência das provas; a teorização do processo exige a teorização da prova.

A legalidade, ou a licitude é característica ou pressuposto da prova, tendo por referência o devido processo legislativo, as provas ilícitas são inadmissíveis e incompatíveis com o procedimento, caso nele ingressem devem ser erradicadas..

O desenvolvimento do ciclo histórico do Direito Romano, no período correspondente ao séc V. a. C. ao séc II a.C., identifica-se o período “*per formulas*”, a partir do processo

formular reconhecemos o surgimento da técnica da “*sumario cognito*” e da técnica de produção de provas pela oralidade, portanto pela estrutura da linguagem.

No ciclo histórico do Direito Romano, no séc III d.C., verifica-se o surgimento da “*cognitio extra ordinem*” ou “*cognitio extraordinaria*”, período que deu origem ou gênese da teoria da prova e das demais teorias do processo de conhecimento, a lei escrita passou a estabelecer, ou determinar, os critérios para a produção, a instrução e o julgamento da prova.

Inexiste prova absoluta e exclusiva que encerra a verdade a ser admitida no procedimento e no processo, todo fato e seus efeitos comportam variações e versões (leituras) diversificadas, as provas produzidas são passíveis de controle, fiscalização e refutação, podendo serem falseadas e falsificadas.

A prova não é instrumento da jurisdição, a exemplo do processo que não é instrumento da jurisdição, pois a administração, ou a gestão da prova não pode e não deve ser restrita ao juiz, no Estado Democrático de Direito, o juiz não desempenha a atividade ou a função legislativa.

No Estado Democrático de Direito não se pode admitir decisões fundamentadas em meras presunções, indícios, em máximas de experiência e na regras de experiência comum subsidiadas pela observação do que ordinariamente acontece, contrárias ao processo constitucional ( modelo constitucional do processo e os princípios constitucionais).

Devemos repensar e fazer uma releitura do acesso à justiça, o compreendendo e o interpretando como acesso à jurisdição, sendo sua aplicação e efetividade apenas obtida pelo acesso à prova, devendo ser legitimada juridicamente a produção de prova a qualquer do povo, pois a jurisdição deve ser exercida em nome do povo, efetivando-se a democratização da prova e a soberania popular.

A técnica processual de produção de prova e a teoria da prova devem ser propostas e discutidas dentro do sistema de Civil Law, tendo por referência o sistema romano germânico e não reproduzir modelos advindos do sistema de Comom Law..

A prova supera a dicotomia entre direito material e direito processual, pois toda norma jurídica (princípios e regras), o que caracteriza a estrutura da prova é norma processual. Portanto a prova é o elemento de unificação do direito material com o direito processual.

O acerto do direito no processo de conhecimento ou cognição é realizado pela técnica processual de produção de prova, delineando-se como acerto da prova.

O advogado e o defensor são indispensáveis à gestão ou administração da prova, a ausência de advogado e de defensor implica na inexistência do devido processo legal e por

consequente de inexistência do devido processo constitucional ( modelo constitucional do processo e os princípios constitucionais).

A preclusão é prova, pois a ausência de prática do ato processual gera a formação de estrutura técnica que compõe o procedimento. A preclusão impede a desestruturação, o desfazimento, ou a desconstituição, do procedimento, os efeitos preclusivos são efeitos probatórios, exemplificando-se tal proposição pela coisa julgada.

No Estado Democrático de Direito, a decisão é construída através das provas produzidas pelas partes, em contraditório, portanto a decisão é conclusão ou síntese das provas produzidas pelas partes.

O grau de complexidade da prova a ser produzida irá determinar o grau de complexidade da técnica normativa de construção e de operacionalização de procedimentos e dos critérios utilizados na demarcação, ou medição, do tempo e do espaço processuais, reservados à produção da prova.

O direito à prova é a co- extensão da cognição, do procedimento e da coisa julgada.

A inversão do ônus da prova deve decorrer de decisão interlocutória de saneamento, ou proferida na fase de saneamento do processo, evitando-se a surpresa para as partes e respeitando-se o processo constitucional (modelo constitucional do processo e os princípios constitucionais).

Mérito é o pedido (pretensão) nos limites e no fundamento da prova produzida no procedimento, segundo o processo constitucional (modelo constitucional do processo e os princípios constitucionais)

A tecnologia da produção da prova não pode mitigar ou suprimir o direito à prova e à contra-prova.

Os avanços tecnológicos da produção de prova não excluem e nem tornam anacrônicos a aplicação do devido processo legal, compreendendo os princípios constitucionais do processo, o modelo constitucional do processo e o devido processo constitucional

Poder-se-ia implantar nos programas de pós-graduação “*strictu sensu*” – mestrado- na área de concentração em Direito Processual a disciplina ou a matéria designada Teoria Geral da Prova e estendê-la aos programas de pós graduação “*strictu sensu*” – mestrado – em processo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte:Fórum, 2005.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Guisepp. **Il modello costituzionale del processo civile-Corso di lezioni**. Torino: Giappichelli, 1990.

BACHOT, Otto. **Normas constitucionais inconstucionais**.Coimbra:Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Jurisdição constitucionalda liberdade. Jurisdição constitucionale direitos fundamentais**. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte:Del Rey, 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns. 3 e 4, Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v.85. Belo Horizonte. jul.1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **TeoriaGeral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição originária**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG- número especial comemorativo do centenário da revista da faculdade de direito da UFMG, v 34, n.34, Belo Horizonte, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A garantia do contraditório na atividade da instrução**, in *Temas de direito processual*, Terceira Série, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Saneamento do processo e audiência preliminar**, RevPro 40/109-110.

BARNES, Helmut e BECKER, Hans. **História del pensamiento social**. México:Fondo de Cultura Econômica,1945.

BASTONE, Juliana de Carvalho. Processo de conhecimento e teoria da prova implicações lógicas. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000 Vol I.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantia da amplitude de produção probatória**. Garantias Constitucionais do Processo Civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. 1.ed; São Paulo: RT, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **Tradado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v.1.

BEVENUTI, Feliciano. **Funzione amministrativa, procedimento, processo**. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè. Ano II, P.130, 1952.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 8.869, de 11 de janeiro de 1973. *In: AGHER, Anne Joyce (Org.). Vade mecum acadêmico de direito*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. *In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). Vade mecum acadêmico de direito*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BRÊTAS C DIAS, Ronaldo. **Fundamentos do Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.7, ns. 13 e 14, p.154-157; p.160-161; . Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Uma introdução ao estudo do direito político**. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, v.8,. Belo Horizonte, 2002.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional**. Processo civil reformado. Coordenador: Ronaldo Brêtas Carvalho Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. Estudos de direito v.1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CALAMANDREI, Piero. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**, Studi sul processo civile, v.6, Padova: Cedam, 1957.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional teoria da Constituição**. 3.ª ed., reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.<sup>a</sup>ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CAPOGRASI, Giuseppe. **Giudizio processo scienza verità**. *Rivista di Diritto Processuale*, 1950.
- CAPPELETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **istruzione preparatoria** (*Dir.e proc.*, cit., n.º116, p.188). Nápoles, Morano, 1958.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. v.1, Pádua: Cedam, 1936.
- CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli, Morano, 1958.
- CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoria general Del Estado**: contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français. Version española de José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas- ilícito do Estado- igualdade de todos diante dos encargos públicos-princípio da continuidade da empresa-Estado democrático de direito**. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, jul/dez, 1996.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v.3, maio 1999.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais** Coimbra: Coimbra, 1993.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v.2, ns. 3 e 4, Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 1999
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CHAVES, Terezinha Ribeiro. Provimento: ato decisório ou resultante lógico da decisão. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol II.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J.Guimarães Menegale, da 2. ed italiana. 3. ed., v.2, São Paulo: Saraiva, 1969.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Suspensão do processo em face da revelia**. Comentários à lei n.º 9.271, de 17 de junho de 1996. *RBCCrim*. P.27 São Paulo, n.º 23/41, jul/set 1998

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo”**(modelii a confronto).*Revista de Processo*. São Paulo, v.90, abr.jun.1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**.2.ed.Bologna:Il Mulino, 2000.

CORDERO, Franco.**Il giudizio d’onore**.Milano:Giuffrè, 1959.

COUTINHO,Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro** .Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n.01,2001.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Processal**. 3.ª ed. Buenos Aires, Delpalma, 1974.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**.Rio de Janeiro:Forense, 1997.

COUTURE, J.Eduardo. **Interpretação das Leis Processuais**, Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, São Paulo: Max Limonad, 1956.

COUTURE, J.Eduardo. **Estúdios de derecho procesal civil**. Prueba em segunda instancia. 2 ed., Buenos Aires: Depalma, 1978, t. III.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitória**. 3.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUSTÓDIO, Rosier B. **A lei n.º 9.271/96 e sua aplicação prática**. Boletim IBCCrim. São Paulo, n.º 56/10 d, julho, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria Geral do Estado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**.Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DEL VECCHIO, Giorgio.**Lições de Filosofia do Direito**. 3. ed. v.II, Coimbra: Armênio Amado editor, 1959.

DELGADO, José Augusto. **A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. As garantias do cidadão na justiça. Belo Horizonte: Saraiva, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. **A democratização do modelo sindical brasileiro e aconvenção 87 da OIT**. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.3, ns. 5 e 6, Belo Horizonte, 1.º e 2.º sem/ 2000.

DELLEPIANE, Antônio. **Nova teoria da prova**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kanfino Editor,1958.

DEVIS ECHADIA, Hermando. **Teoria general de la prueba judicial**. 5.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1970.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1987.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DOTTI, René Ariel. **A ausência do acusado e a suspensão do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 730/401, agosto /1996.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese?** [Como se fa una tesi di laurea]. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1985.

ENCHANDIA, Henando Devis. **Pruebas ilícitas**. Revista de Processo, v.32.

ENCHANDIA, Henando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 5.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981. t.I.

FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della dottrina**. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civili. n.3. Milano: Giuffrè.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 8.ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni Di Diritto Processuale**. Quinta Edizione, Padova: EDAM-Casa Editrice Dott. Antoni Milani, 1989.

FAZZALARI, Elio. **Novissimo Digesto italiano**. Processo (teoria generale). Turim: UTET, 1966. v.13.

FERNANDES GÓES, Gisele Santos. *Cotejo entre direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos*. In. FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) **Processo e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, César Augusto de Castro, FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Organizador: VIEIRA, José Marcos Rodrigues *A nova ordinariade: execução para a cognição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FIUZA, César Augusto de Castro, FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Organizador: SANTOS, Ernani Fidelis *Sistema probatório do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de sua aplicação.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n.º143, jul/set.1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo:Revista dos Tribunais,1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 1.ªed. Rio de Janeiro. Aide. Editora 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos.** VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, São Paulo, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1998.

HABERMAS, Jürgen **Técnica e ciência como “ideologia”:** tradução de Artur Morão. Lisboa:Edições 70, 1968.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política.** São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade.** v.1e2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: Sobre el Estado democrático de derecho em términos de teoría de derecho.** Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid:Trotta, 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito, Parte II, 5.ª ed.,** Editora Vozes, Petrópolis, 2001.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HORTA, Raul Machado. **O processo legislativo nas Constituições Federais brasileiras.** Revista de Informação Legislativa .n.º 101.

JUNOY,Joan Pico y. **El derecho a la prueba em proceso civil.** Barcelona: J.M.Bosch Editor,1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado.** Trad. Luis Carlos Borges 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. **Vom Wesen und Wert derDemokratie.**Zweite Aulage: Tuebingen, 1929.

KNIJNIK, Danilo. **As(perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova”e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica.** São Paulo:RT,2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LAGES, Cíntia Garabini. **A inadequação do processo objetivo à luz do modelo constitucional do processo brasileiro**. Belo Horizonte: PUC MG, 2002, (Dissertação de Mestrado).

LARENZ, Karl. **Derecho justo-Fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luiz Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.<sup>a</sup> ed. tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbelkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito e legitimidade**. Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thonson, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Eduardo Oliveira. **A monografia jurídica**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2000.

LESSONA, Carlos. **Manuale delle prove in matéria civile**. 3.<sup>a</sup> ed., v.1, Firenze : Fratelli Cammelli, 1898.

LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba em derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 3.<sup>a</sup> ed., Madrid: Reus, 1928.

LESSONA, Carlos. **Trattato delle prove in materie civile**. 3.<sup>a</sup> ed. v.1. Firenze: Fratelli Camelli, 1914.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido R. Dinamarco .2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.50

LIMONGI FRANÇA, R. **Princípios gerais de direito**. São Paulo: RT, 1971.

LINARES, Juan Francisco. **El debido proceso como garantia innominada em la Constitución Argentina - Razonabilidad de las leyes**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo**. Os pensadores: Locke. Cap IV, parágrafo 22. São Paulo Abril Cultural, 1978.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito Processual Civil Brasileiro – Código de 1939**. 2.<sup>a</sup> edição atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1947.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla defesa e celeridade processual compossibilidade teórica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Curso de derecho político**. 2.<sup>a</sup> ed., v.1. Madrid: Tecnos, 1992.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. v.1. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960. v.1.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução Antônio D`Ella. São Paulo Cultrix, 1998.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Tradução Alceu Amoroso Lima. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

MARQUES DA SILVA, Germano. **Curso de processo penal**. v.2. Lisboa: Editora Verbo, 1993.

MARTIN OSTOS, José de los Santos. **Las diligencias para mejor proveer em proceso civil**. Madri: Montecorvo, 1981.

MINGUIJÓN, Salvador **História del Derecho Español**. Cuaderno segundo. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid :La Editorial, 1925.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Alberto Antônio Soares. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1917.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **De l' esprit des lois**. Paris: Garnier Frères, [s.d.]

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**. Temas de direito processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Max Limond, 2000.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Lex, 2000.

NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização. Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho**. São Paulo :LTR, 2001, p.51,

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. Porto: Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1880, p.12.

NICHOLS, Douglas. *The publician action*. *Tulane Law Review* 69/2 e ss., nov 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*; Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987, p.226.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual da Monografia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVA SANTOS, Andrés. **Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal**, Barcelona, PPU,1988.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**.Belo Horizonte:Del Rey,1998.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. **Monografia jurídica**. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSARELLI, Santoro. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Atlântida, 1967, p.250.

PELEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do Estado Democrático de direito e as teorias do processo**, VirtuaJus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC- Minas, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.puc.minas.br/VirtuaJus/prod-docente-ano-1-2004.htm>. Acesso em 07/09/2006.

PEYRANO, Jorge.W.**Cargas probatórias dinâmicas**. Argentina: Runbinzal-Culzoni, 2004.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2006. Disponível em <http://www.pucminas.br/biblioteca>.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cutrix, 1966.

PRODASEN-Senado Federal.site [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). internet. 31/10/2006.

PROTO PISANI, Andrea. **Appunti sulla tutela sommaria – i processi speciali, studi offert a Virgilio Andrioli dai suoi allievi**. Napoli: Jovene, 1979.

RADBRUCH,Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado, 1997.

REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**. Bologna:Giuffè Editore, 1980.

REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil Anotado**, v.III, Coimbra , 1950.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à jurisdição In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça* .Belo Horizonte: Saraiva, 1993.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada **Die Beweislast**. 3 ed. C. H. Beck' sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: EJEJA 1956.

SALOMÃO, Daniela Carla da Costa. **Controle jurisdicional de constitucionalidade na União Européia**. Coordenador Rosemiro Pereira Leal. *Estudos continuados de teoria do processo*. Vol III, Porto Alegre: Síntese, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O retorno às tradições:**A razoabilidade como parâmetro constitucional. *Jurisdição constitucionale direitos fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte:Del Rey, 1992.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O processo legislativo**. Saraiva: São Paulo, 1968.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. Sistema probatório do processo civil brasileiro.In FIÚZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. (coord.) **Temas atuais de Direito Procesual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao CPC**. 4.<sup>a</sup> ed. v.IV.Rio de Janeiro: Forense.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed., v.I, São Paulo:Max Limonad, 1952.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba-los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires: Ejea, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.5.<sup>a</sup>ed. Revista dos Tribunais.São Paulo.

SILVA, Ouvídio Baptista da. A “**plenitude de defesa**”no **Processo Civil**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As garantias do cidadão na justiça* .Belo Horizonte: Saraiva, 1993.

SILVA, Ovídio Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucionale direitos fundamentais**. Belo Horizonte:Del Rey, 1992.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** o substrato clássico e os novos paradigma como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUSA, Patrus Ananias. **Processo Constitucional e devido processo legal**. In:Processo constitucional e devido processo legal na Constituição de 1824.Belo Horizonte:PUC-MG, 2001.(Dissertação de Mestrado)

TARUFFO, Michele.**Il diritto allá prova nel processo civile**. Rivista di Diritto Pro cessuale, 1984.

TARZIA, Giuseppe.**O novo processo civil de cognição na Itália**.Revista de Processo:Revista dos Tribunais, n.79, São Paulo: jul a set.1995.

TAYLOR, Arthur. **As grandes doutrinas econômicas**. Sintra:Publicações Europa-América, 1975.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo:Landy Editora, 2003.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e contituzione. Problemi di direto tedesco e italiano.** Milão: Giuffré, 1974.

TUCCI, Jose Rogeri Cruz e. **Ação monitória.** 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de Azevedo. **Lições de História do Processo Civil Romano.** Revista dos Tribunais, São Paulo: 2001.

TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição e processo-regramentos e garantias constitucionais do processo** São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993. (Tese de mestrado)

VASSALLI, Giuliano. **I! diritto allá prova nel processo penale. Rivista italiana di diritto e procedura penale,** 1968.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues . **Da ação cível** Belo Horizonte:Del Rey, 2002.

VILANOVA, Lourival. **Fundamentos do Estado de Direito.** Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais n.º 43 e n.º 44, São Paulo: julho/dezembro de 1977.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego,** 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1999.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília:Universidade de Brasília,1999.