

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARILIA – UNIVEM  
PROGRAMA PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO EM DIREITO

**SEBASTIANA ROSA DE SOUZA**

**O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NA ANÁLISE DA PROVA  
PERICIAL**

MARILIA  
2011

SEBASTIANA ROSA DE SOUZA

O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NA ANÁLISE DA PROVA PERICIAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

MARILIA  
2011

SEBASTIANA ROSA DE SOUZA

O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NA ANÁLISE DA PROVA  
PERICIAL

Banca examinadora da dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, para obtenção do título de Mestre em Direito

Resultado:

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Marília, 08 de abril de 2011.

## DEDICATÓRIA

A Deus, pela promessa de vida eterna;

Ao meu esposo José Teixeira, às  
minhas filhas Lígia, Lidiane e  
Giovanna, e aos meus netos Marcos  
Vinícios e Rafaella, que me  
incentivaram e apoiaram nesta difícil  
empreitada.

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a Deus por ter colocado em meu coração a semente do desejo de sonhar, e a todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram para que este trabalho pudesse ser realizado e ao meu orientador, Professor Pós-Doutorado Luiz Henrique Barbante Franzé, pelo apoio e por me ensinar que o conhecimento na pessoa certa é sinônimo de humildade.*

*Deixo aqui meus sinceros agradecimentos aos meus amigos: Sílvia Lima, Júlio César Villa, Lafayette Pozzoli, Izabel e Silvana Paulina, permitam-me chamá-los de amigos; eu assim os reconheci quando se apresentaram nos momentos de dificuldades.*

*Todos reconhecem a importância da intuição na apreensão dos valores, entre os quais está a justiça, que é o valor fundamental do Direito; essa intuição da justiça atua poderosamente na sentença e em outros atos da vida jurídica.*

*Lafayette Pozzoli*

SOUZA, Sebastiana Rosa de. **O poder instrutório do juiz na análise da prova pericial**. 2011. 97 f. Trabalho de Curso de Mestrado em direito - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2011. – UNIVEM, para obtenção do título de Mestre em Direito

## RESUMO

O presente trabalho, “O poder instrutório do juiz na análise da prova pericial”, tem como objetivo oferecer ao Estado-Juiz suporte para assegurar o processo justo, levando-se em consideração o poder de persuasão do magistrado na interpretação dessa prova no processo civil; considerando-se a livre convicção do juiz do aspecto doutrinário, jurisprudencial e correlatos. A hipótese é a de que atribuindo à prova pericial o devido valor a ela inerente, é possível proporcionar a paz social e aplicação da justiça conforme o direito por meio da tutela jurisdicional de excelência. Para tanto, utilizou-se da experiência da pesquisadora no exercício da atividade de perícia judicial contábil e da realização de análises documentais que se tornaram o sustentáculo para a análise de dados. Esse estudo torna-se relevante por ser a prova pericial um dos meios comprobatórios mais onerosos para o ordenamento jurídico processual. Ela pode não ser aproveitada no processo, por ato motivado do juiz, amparado pelo Art. 436 do Código de Processo Civil, por não estar adstrito ao laudo pericial. Assim, ao atribuir a valoração que lhe cabe, o Estado-Juiz conta com mais um elemento de grande relevância para determinar a sentença. A linha de pesquisa é a análise crítica da dogmática jurídica.

**Palavras-chave:** Poder instrutório. Prova pericial. Tutela jurisdicional. Persuasão racional. Perito contábil.

SOUZA, Sebastiana Rosa de. **O poder instrutório do juiz na análise da prova pericial.** 2011. 97 f. Trabalho de Curso de Mestrado em direito - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2011. – UNIVEM, para obtenção do título de Mestre em Direito

## ABSTRACT

This work, "The instructive power of the judge in the analysis of expert evidence," aims to offer the state-court support to ensure due process, taking into consideration the power of persuasion of the Judge in the interpretation of such evidence in civil proceedings, considering the judge's conviction free aspect of doctrinal, jurisprudential and correlates. The hypothesis is that the expert evidence assigning the proper value inherent in it, you can deliver social peace and of justice under the law through judicial excellence. We used the experience of the researcher in the exercise of judicial activity of accounting expertise and conducting analysis documentary that became the cornerstone for data analysis. This study is relevant because it is media expert evidence substantiating more costly for the legal proceedings. It cannot be exploited in the process, act motivated by the judge, supported by Article 436 of the Code of Civil Procedure, for not being attached to the expert opinion. Accordingly, when assigning the valuation it deserves, the State Judge has one more element of great relevance in determining the sentence. The line of research is the critical analysis of legal dogmatics.

**Keywords:** Power instructive. Expert evidence. Judicial review. Rational persuasion. Accounting expert.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
------------------	----



CAPÍTULO 1 - TUTELA JURISDICIONAL .....	13
1.1 A eficácia dos princípios fundamentais como desafio à atuação do magistrado na condução do processo .....	13
1.2 Análise conceitual da tutela jurisdicional .....	16
1.3 O Processo como instrumento de garantia de efetividade dos direitos fundamentais .....	17
1.3.1 Definição .....	17
1.3.2 Evolução histórica .....	18
1.4 Direito constitucional processual .....	20
1.4.1 Organização .....	22
1.4.2 Investimentos .....	24
1.4.3 Amplo acesso .....	26
1.4.4 Contraditório .....	28
1.4.5 Prazo razoável .....	29
1.4.6 Previsibilidade .....	31
1.4.7 Procedimentos diferenciados .....	32
CAPÍTULO 2 - TEORIA GERAL DA PROVA .....	35
2.1 Análise conceitual da prova .....	35
2.2 Evolução histórica da prova .....	37
2.3 Matéria a ser provada .....	38
2.4 Finalidade da prova .....	40
2.5 Ônus da prova .....	41
2.5.1 Ônus das partes .....	45
2.6 Espécies de prova .....	48
2.6.1 Prova testemunhal .....	50
2.6.2 Prova documental .....	51
2.6.3 Prova emprestada .....	52
2.7 Valoração da prova .....	54
2.8 Provas proibidas. Provas ilícitas e ilegítimas e ilícitas por derivação .....	56
2.9 Aplicação da prova pericial nos processos em geral .....	59
2.9.1 No processo do trabalho .....	59
2.9.2 No processo penal .....	62
CAPÍTULO 3 - ATUAÇÃO DO JUIZ FRENTE À PROVA PERICIAL NA ATUALIDADE .....	64
3.1 Conceito e generalidades da prova pericial .....	64
3.1.1 Classificação da prova pericial .....	67
3.1.2 Quem pode ser perito judicial e limites de atuação .....	68
3.1.3 Natureza jurídica do direito à prova .....	73
3.1.4 Procedimento .....	73
3.1.5 Força probante e valoração .....	76
3.2 Princípios inerentes à atividade instrutória .....	77
3.2.1 Princípio dispositivo .....	78
3.2.2 Princípio da imparcialidade .....	79
3.2.3 Princípio da igualdade processual .....	81
3.3 Poderes instrutórios do juiz .....	81
3.4 Limites ao poder instrutório .....	87

3.5 Atuação do juiz para assegurar o processo justo .....	89
CONCLUSÕES .....	92
REFERÊNCIAS .....	94

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da tutela jurisdicional, na interpretação da prova pericial no processo civil. Considera a livre convicção do magistrado, do aspecto doutrinário, jurisprudencial e correlatos para assegurar o processo justo, assim como o poder de persuasão do magistrado na interpretação dessa prova no processo civil.

Sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais. Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político, a que é jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se, inicialmente, com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos. Naquela visão pandectista a ação era colocada como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. Hoje, a autonomia da ação é reconhecida e o método do processo civil de resultados proclamado.

A hipótese desta pesquisa é a de que, atribuindo-se à prova pericial o devido valor a ela inerente, é possível aplicar a justiça conforme o direito por meio da tutela jurisdicional de excelência. Assim, ao atribuir a valoração que lhe cabe, o Estado-Juiz conta com um elemento de grande relevância para determinar uma sentença. A prova pericial é um dos meios probatórios mais onerosos para o ordenamento jurídico processual; mas, mesmo assim, pode não ser aproveitada no processo, por ato motivado do juiz que se vê amparado pelo Art. 436 do Código de Processo Civil, por não estar adstrito ao laudo pericial.

A prova pericial é sinônima de um conjunto de atos elaborados por um perito, com a finalidade de reconstrução dos fatos. Seu encargo cabe aos litigantes pelos meios admissíveis para a consagração da verdade dos fatos.

Nesse sentido, esta dissertação, a qual teve como metodologia utilizada a práxis jurisprudencial, doutrinária e a experiência profissional da mestranda no exercício da atividade de perita judicial, não tem a finalidade de dar resposta a um caso específico, mas sim, abordar os pontos fundamentais causadores da lentidão processual na busca da realização da justiça e da paz social, e sua importância para a sociedade. E, espera-se

fornecer argumentos que possam servir de instrumento e oferecer subsídio à efetiva instrumentalização da justiça ao caso concreto.

A fim de aprofundar as discussões apresentadas nessa parte do texto, a dissertação foi dividida em capítulos.

No primeiro capítulo, estudou-se na tutela jurisdicional a estreita relação do processo civil com a Constituição Federal, que traz no preâmbulo os atributos e limites destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Também a jurisdição como função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida. Controvérsia essa que se buscou neste estudo, demonstrar que através do processo justo e célere podemos aplicar uma justiça menos onerosa e menos dispendiosa aos litigantes.

No segundo capítulo, estudou-se o conceito de prova, como meio instrumental destinado a materializar os fatos, cuja finalidade é formar a convicção do julgador para a solução da lide. Foi feita também uma abordagem sobre prova testemunhal, documental, meios de prova, provas ilícitas e ilegítimas e a prova pericial como objeto deste estudo. Nele, foram abordadas as considerações gerais, a admissibilidade dessa prova, quem pode ser perito judicial, as despesas para a constituição das provas periciais e o poder instrutório do juiz na análise dessas provas, bem como o seu valor e a exclusão no processo civil e, por fim, a prova pericial nos processos em geral.

No terceiro capítulo, estudou-se a atuação do juiz frente à prova pericial na atualidade, os meios de prova pericial, bem como os princípios inerentes à atividade instrutória que enunciam as primeiras bases que servem de fundamentação para assegurar o processo justo.

A prova pericial é um dos meios de prova mais oneroso para o ordenamento jurídico processual. Embora muito importante na formação do provimento jurisdicional, por ser elaborada por técnico especializado e de confiança do juízo, escolhido, de preferência, dentre profissionais com formação em curso superior na área específica “*sub judice*”, constitui-se numa forma de aproximação por meio da qual se forma a convicção do julgador a respeito da ocorrência ou da inoocorrência de um acontecimento, o que possibilita a demonstração da verdade.

O juiz não está adstrito ao laudo pericial (Art. 436 do Código de Processo Civil), mas caso não queira admiti-lo, deverá fundamentar sua decisão com outras provas cabais

constantes dos autos e capazes de embasar a sua motivação, esta necessária e obrigatória para tal situação, desde que não transgrida o acesso à ordem jurídica justa.

A prova pericial é de fundamental importância para se ter um provimento jurisdicional justo, célere e num prazo razoável. Sua negativa poderá ensejar outros atos processuais, o que certamente, resultará protelação na prestação da tutela jurisdicional. Enfim, o uso mais constante da prova pericial poderá incrementar o princípio da economia processual e fazer com que o direito possa ser realizado na forma de justiça para a sociedade.

## CAPÍTULO I – TUTELA JURISDICIONAL

### 1.1 A Eficácia dos Princípios Fundamentais como Desafio à Atuação do Magistrado na Condução do Processo

Neste capítulo abordaremos noções de princípios gerais para no terceiro capítulo, abordar os princípios fundamentais inerentes à atividade instrutória do juiz.

O direito à tutela jurisdicional é a expressão da ideia de que o processo deve servir de instrumento do direito material de quem tem um direito a conseguir. Para isso, há necessidade de proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.

Para estudarmos os princípios seguimos os ensinamentos de Robert Alexy<sup>1</sup>, segundo o qual a dogmática jurídica é em grande medida uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Essa lacuna faz com que haja o problema de fundamentação racional dos juízes ao decidir um caso concreto. A dogmática jurídica pode ser dividida em três dimensões: analítica, empírica e normativa.

Na dimensão analítica examinam-se detalhadamente os conceitos do direito vigente, tais como, o direito subjetivo, conceito de norma, direito de liberdade e de igualdade, passando por construções jurídicas.

A dimensão empírica é compreendida a partir de dois pontos de vista: em relação à cognição do direito positivo válido e em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica. A pesquisa empírica é a busca de dados relevantes e convenientes obtidos através da experiência e da vivência do pesquisador. Não se esgota com a descrição do direito das leis, pois conclui também a descrição e o prognóstico da *práxis* jurisprudencial, ou seja, não só o direito legislado, mas também o direito jurisprudencial. A efetividade do direito é objeto da dimensão empírica. O direito legislado e jurisprudencial é a condição de validade da efetividade do direito.

O objeto da dimensão empírica engloba o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico e a efetividade do direito. O conceito amplo de cognição do direito

---

<sup>1</sup> - ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, pp 31-50.

positivo válido não pode ser evitado por ninguém, ou seja, pelos juízes, advogados e pelos operadores do direito.

A terceira dimensão, a normativa, diz respeito à elucidação e à crítica da *práxis* jurídica, sobretudo da *práxis* jurisprudencial, que a partir do direito positivo válido determina qual decisão correta tomar em um caso concreto, a *práxis* jurídica ou a jurisprudencial?

A dimensão empírica faz com que o magistrado fundamente a sua decisão não só pela *práxis* do direito legislado, mas também pela *práxis* do direito jurisprudencial. É através dessa dimensão que a dogmática jurídica se efetiva juridicamente, tendo como base o princípio da persuasão racional.

Quando há lacuna na lei para aplicar o direito a um caso concreto, é possível falar em problema de complementação e a esse problema, soma-se o da fundamentação.

Robert Alexy diz que a ciência do direito tem início a partir da perspectiva do juiz porque é através dela, ou seja, da fundamentação de juízos concretos que são desenvolvidas as teorias do dever-ser. Segundo ele, se quiser cumprir a tarefa de forma prática e racional deve combinar as três dimensões como condição necessária da ciência jurídica como disciplina prática.

No Brasil, a afirmação da existência de um direito fundamental à tutela jurisdicional se deu por meio da interpretação teleológica da Constituição Federal. O direito à prova é considerado como direito fundamental, essencial ao direito processual civil. A Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais (Art. 5º), de modo expresso e implícito, estabelece várias garantias processuais, dentre elas, encontram-se a garantia de acesso à ordem jurídica justa (Art. 5º, inc. XXXV), a garantia do devido processo legal (Art. 5º, inc. LIV), e as garantias da ampla defesa e do contraditório (Art. 5º, inc. LV).

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Art. 5º, § 2º). Dessa forma, contempla-se ademais, outros nela implícitos, que podem ser tanto internos, intrínsecos ao seu sistema, que são aqueles decorrentes de regime e dos princípios por ela adotados; como externos, os oriundos de tratados internacionais cujas normas foram incorporadas ao sistema. Eduardo Cambi<sup>1</sup> considera a amplitude probatória como regra explícita, garantia processual decorrente da Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil – Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001. Volume 3, p. 166.

Para Eduardo Cambi<sup>1</sup>, a regra contida no Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, assegura a abertura do sistema constitucional à consagração de outros direitos fundamentais, porém, para ser recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional, entende-se pela necessidade de sua prévia ratificação para produzir seus efeitos legais.

E, ainda, continua Eduardo Cambi, é possível sustentar que o direito à prova não é apenas uma decorrência das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório, mas após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Político, também uma regra de direito positivo, que integra o rol dos direitos fundamentais e deve ser interpretada com a finalidade de assegurar a máxima realização da justa tutela jurisdicional, buscando a efetividade de tal direito, reconhecendo a máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam.

Com o objetivo de manter a paz e a harmonia social, o Estado avoca para si a solução dos conflitos oriundos das transgressões de ordem jurídica, impedindo que a justiça seja feita com as próprias mãos, com exceção dos casos excepcionais, que decorre de sua impossibilidade de estar presente em todos os momentos da vida do cidadão, permitindo, assim, que este pratique atos consubstanciados na defesa de seus direitos, tais como em legítima defesa, na apreensão do objeto sujeito a penhor legal, e no esforço imediato no esbulho possessório<sup>2</sup>.

O Direito Processual Civil mantém relação estreita com a Constituição Federal, na qual estão localizados no preâmbulo os atributos e limites destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade, que assegura o direito de submeter toda e qualquer lesão de direitos à apreciação do poder judiciário (Art. 5º, inc. XXXV); com a garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal (Art. 5º, incs. LV e LIV), etc.

Esse aparato normativo visa à proteção dos direitos individuais, bem como resguardar a ordem jurídica e a manutenção da paz social, pois a sociedade necessita dessas normas para a verdadeira justiça social, institutos que são imprescindíveis à convivência das pessoas.

---

<sup>1</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova no Processo Civil – Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001. Volume 3, p. 166.

<sup>2</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT. 2009, p. 26.



## 1.2 Análise Conceitual da Tutela Jurisdicional

É o ato de poder exercido pelo Estado, com o fito de pacificar com justiça, prevalecendo o ordenamento jurídico.<sup>1</sup>

Para Humberto Teodoro Júnior, ao Estado, quando da aplicação do Direito Processual Civil, não interessa com quem está a razão, mas apenas definir qual a vontade concreta da lei, diante da situação litigiosa<sup>2</sup>.

E, ainda, continua o autor<sup>3</sup>: jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida.

A finalidade básica da jurisdição, como função estatal, é a aplicação das normas corretamente. Essa aplicação das normas, perfeitamente, é a instrumentalidade a que se pretende. “Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto estará da verdadeira paz social”<sup>4</sup>.

O Poder Judiciário, como realizador da justiça e constitucionalmente independente, é aquele em que os magistrados aplicam a lei de forma imparcial, no qual a tutela jurisdicional é o poder dever do Estado na pacificação social e na manutenção da ordem jurídica, mediante a realização da vontade da lei, de forma célere e efetiva, tornando-a justa, eficaz e válida.

No mesmo diapasão, Fredie Didier Júnior<sup>5</sup> define jurisdição como: “a função atribuída a terceiro parcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protégendo/situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”.

O exercício da jurisdição se dá mediante a aplicação da lei através do julgamento do juiz como servidor nomeado na forma da lei, prática essa inerente ao Poder Judiciário, que recebeu essa autonomia do Estado.

Importante ressaltar que, a tutela jurisdicional tem que ser de forma plena, ou seja, ou se pratica a justiça ou não, para isso, há a necessidade de que a técnica

---

<sup>1</sup> - DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª ed. São Paulo. Malheiros. 2009. p. 145.

<sup>2</sup> - TEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 26ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. Volume I, 1999. p. 09.

<sup>3</sup> - Ibidem p. 36.

<sup>4</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do Juiz, 4ª ed. Revista dos Tribunais. 2009, p. 13.

<sup>5</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil. 9ª Ed. Editora Jus Podivm. Salvador/BA. Vol. I, 2008, p. 65.

processual seja aplicada de forma justa, em um prazo razoável, levando-se em consideração os valores humanos envolvidos.

## **1.3 O Processo como Instrumento de Garantia de Efetividade dos Direitos Fundamentais**

### **1.3.1 Definição**

O processo é o exercício da jurisdição, através de um complexo de normas reguladoras, realizadas através de uma sequência de atos, no qual o Estado, representado por seus juízes, aplica a lei ao caso concreto, estabelecendo relações jurídicas destinadas a um fim determinado. Funciona como instrumento do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional, consubstanciado em princípios básicos e garantias constitucionais.

O direito processual civil pertence ao grupo das disciplinas que compõem o Direito Público, pois regula o exercício de parte de uma das funções soberanas do Estado, que é a jurisdição.

Para Oskar Von Bulow, o processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, de um modo progressivo, entre o tribunal e as partes. Esse procedimento tem sua origem na jurisprudência romana da Idade Média e que foi favorecida pela concepção germânica do direito, ou seja, entende que poderia predominar o procedimento na definição do processo.

E, ainda, continua o autor<sup>1</sup>, para a sequência do procedimento há certas prescrições a serem observadas como regras pré-determinadas, que indicam a sequência dos procedimentos, ou seja, requisitos de admissibilidade e as condições prévias para a tramitação de toda relação processual. Princípios esses que estão contidos na relação jurídica processual; sendo que a inobservância de um deles impediria o surgimento do processo, o que Bulow denomina de “pressupostos processuais”.

---

<sup>1</sup> - Oscar Von Bülow. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais, 2003, p.09. O autor cita os seguintes requisitos como pressupostos processuais: 1) a competência, capacidade e insuspeitabilidade do tribunal; a capacidade processual das partes (*persona legitima standi in judicio*) [pessoa legítima para estar em juízo] e a legitimação de seu representante; 2) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil; 3) a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas cauções processuais; 4) a ordem entre vários processos.

Para Cândido Rangel Dinamarco<sup>1</sup>, é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema) e, por isso, o processo em si próprio traz profunda e indisfarçável marca de formalismo; e, a ideia de procedimento é inseparável do conceito de processo.

O processo traz uma visão metodológica que mostra todo o campo que caracteriza a teoria geral do processo, pelo qual se espalha o exercício imperativo do poder estatal, com destaque ao que há de substancial, ou seja, o compromisso do Estado a prestar o seu serviço, mais as limitações impostas pela ordem político-jurídica à extensão e intensidade dos meios pelos quais essa função é exercida; nesse compromisso é que reside a garantia e a faculdade de exigir solução do conflito como condição prévia da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional<sup>2</sup>.

O processo como instrumento, no dizer de Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>3</sup>, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de pré-dispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos, e jurídicos. Falar de instrumentalidade nesse sentido positivo é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se interpõem ao livre acesso à justiça.

Portanto, o processo constitui um conjunto de atos (petição inicial, atos de comunicação, audiência, provas, trânsito em julgado), indicados na Constituição Federal e nas leis, que devem ser observados por aqueles que integram a relação jurídica processual; é o instrumento pelo qual a tutela jurisdicional é entregue para fazer justiça, ou seja, é através do processo que a prova pericial cumpre sua função como potencialização dessa justiça.

### **1.3.2 Evolução Histórica**

---

<sup>1</sup> - DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p. 93.

<sup>2</sup> - Idem, p.93.

<sup>3</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 14ª edição, p. 23.

O processo civil moderno tem evoluído pacientemente a partir de um longo período no qual o sistema processual não tinha autonomia do direito material, cuja inadequação somente principiou a ser sentida conscientemente a partir do século XIX.

Iniciou-se um estudo de desligamento das matrizes conceituais e funcionais antes situadas no direito material, culminando com a ideia de direito processual, com a necessidade de direcionar o processo a resultados substancialmente justos, que despertou a perspectiva teleológica do processo, superando o tecnicismo reinante por um século, que denominamos por períodos, quais sejam: sincretismo, período autonomista e, finalmente, no período teleológico ou instrumentalista.

No primeiro período, comenta Cândido Rangel Dinamarco<sup>1</sup>, tinha-se, até então, a tranquilidade de uma visão plana do ordenamento jurídico, no qual a ação era definida como o direito subjetivo lesado, a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimentos); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sihi debeatur, judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. Era o campo mais aberto, como se sabe à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais, que são direitos descendentes jurídico do liberalismo político então vigorante (*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*).

No segundo período (autonomista), o processo civil passou a ser visto como ciência, com autonomia da ação e do processo, marcada pela ideia separatista, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas que se preocupavam em determinar seus fundamentos e princípios.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque<sup>2</sup>, nesse período, a técnica aplicada passou a imperar de modo quase absoluto, acima até mesmo do direito material, que foi relegado a plano inferior, dando maior importância às regras processuais em detrimento das substanciais.

Em seguida, veio a fase do período instrumentalista ou teleológica, que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, tornando possível a convivência social, abrindo caminho para o realce hoje

---

<sup>1</sup> - DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2009. pp. 17/18.

<sup>2</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. A efetividade do processo e técnica processual. São Paulo. Malheiros Editores. 2006. pp. 18/19.

dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça, ou seja, a instrumentalidade do processo.

Nesse período foram verificadas várias crises do direito material, pela não observância das normas e tendo como consequência as pretensões insatisfeitas, momento em que, o Estado passou a definir técnicas para o desenvolvimento da ciência processual civil, através do processo, como método de solução de controvérsias.

O Brasil editou o Regulamento nº 737 para regular o processamento das causas comerciais, após a elaboração do Código Comercial em 1850, servindo como marco da evolução histórica na técnica processual.

O atual Código de Processo Civil editado em 1973 sofreu várias alterações legislativas na busca de aperfeiçoamento ao longo desses anos, todavia ainda busca-se, através de proposta de reforma do citado diploma legal, uma evolução para amoldar às exigências e à realidade social, tais como, facilitar o acesso à justiça de forma simples, econômica, célere, acessível a todos e com justiça.

#### **1.4 Direito Constitucional Processual**

O direito constitucional processual não se refere a um ramo autônomo do direito processual, mas apenas a um ponto de vista metodológico e sistemático, pelo qual se pode analisar o processo em suas conexões com a Constituição<sup>1</sup>, pois no seu Art. 1º, afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana; e o Art. 3º do mesmo dispositivo legal tem como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana o Estado garante a todos o acesso ao judiciário, não permitindo que o indivíduo faça justiça com as próprias mãos, ou seja, pratique a autotutela. Caso exista violação de normas constitucionais e infraconstitucionais, sem a observância concreta dos direitos fundamentais processuais, o Estado garante ao jurisdicionado a obtenção de uma sentença de mérito justa, num processo justo, a denominada jurisdição constitucional.

---

<sup>1</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional á prova no Processo Civil. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Volume 3, p.102. "A relação entre a Constituição e o Direito Processual pode ser percebida tanto pela ótica da Jurisdição Constitucional, disciplinada, sobretudo, no capítulo da Constituição referente ao Poder Judiciário, que cuida da organização, competência, e garantias dos órgãos da jurisdição, quanto no que se denomina tutela constitucional do processo".

É inegável a profunda influência da Constituição Federal no processo civil, como não poderia deixar de ser, pois suas regras devem ser interpretadas em consonância com o que está estabelecido na lei maior, tendo como fundamento de validade das normas infraconstitucionais e das próprias decisões judiciais, a supremacia da Constituição Federal. Essa homogeneidade facilita a compreensão e aplicação das normas para a solução das ameaças e lesões a direito.

A observação dos direitos fundamentais processuais só é possível alcançar quando for compatível uma prestação jurisdicional célere e a aptidão do processo para o alcance de resultados justos. É de fundamental importância a função dos princípios constitucionais para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias às partes, para a efetivação do ordenamento jurídico.

O Direito Constitucional Processual disciplina os institutos processuais do processo civil, através de regras e princípios reguladores, para que o Poder Judiciário cuide da organização, da competência e da garantia dos órgãos da jurisdição, para a efetiva tutela jurisdicional constitucional, na busca do resultado justo.

Para que o processo seja justo é necessário atender aos seguintes desígnios: econômico, organizacional e processual, como soluções práticas para os problemas de acesso à justiça que Mauro Cappelletti denominou como ondas: a primeira diz respeito a assistência jurídica e na superação dos obstáculos decorrentes da pobreza; a segunda diz respeito às reformas necessárias para a legitimação da tutela dos interesses difusos, especialmente os relativos aos consumidores e ao meio ambiente; e a terceira onda, a processual, está relacionadas aos procedimentos simples, racionais e acessíveis como solução prática aos fins almejados<sup>1</sup>.

No entanto, é essencial no devido processo legal, a previsão da isonomia processual, ou seja, a paridade de armas em juízo. Essa igualdade processual deverá ser tanto material como formal, dando às partes igualdade de tratamento, tornando a lide justa, assegurando o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, englobando o direito de recorrer e de pronunciamento durante todo o processo, CF/88, Art. 5º, inc. LV.

No caso concreto, citamos a especificação de regras especiais para consumidores, Lei 8.078/90, Art. 6º, incs. VII e VIII, e às pessoas maiores de 60 anos, que têm preferência na tramitação dos processos em qualquer instância, Lei 10.741/03, Art. 71.

---

<sup>1</sup> - CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio fabris Editor. 1988.

Para Miguel Teixeira de Sousa, processo justo “é aquele que permite uma aplicação correta da lei a fatos verdadeiros, pelo que, para atingir esse resultado, é necessário satisfazer algumas condições organizativas e atender a alguns direitos das partes e às finalidades que devem ser prosseguidas pelo processo”<sup>1</sup>.

E, ainda, continua o autor, para que o processo seja justo exige-se uma tramitação adequada para aplicar corretamente a lei sobre fatos verdadeiros, e condições necessárias que proporcionem aos servidores da justiça, meios tecnológicos e instalações adequadas, para uma condição de trabalho digna, para isso há a necessidade do Estado, alocar recursos financeiros necessários para dar cumprimento a essa tarefa<sup>2</sup>.

Por meio da jurisdição, cuja finalidade é a pacificação dos conflitos de interesse, o Estado garante a ordem e a estabilidade social, segundo o ordenamento jurídico, nas relações de natureza de direito privado e nas de direito público.

### **1.4.1 Organização**

A organização do Estado, bem como a sua estrutura, podem ser analisadas sob três formas: quanto à forma de governo: República ou Monarquia; quanto ao sistema de governo: Presidencialismo ou Parlamentarismo; e, finalmente, quanto à forma de Estado: Estado Unitário ou Federação. O Brasil adotou a forma Republicana, o sistema Presidencialista e a forma Federativa. Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado, de acordo com o Art. 60, § 4º, inc. I, da Constituição Federal.

O Art. 1º da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como objetivos fundamentais (Art. 3º da Constituição Federal) a saber: a) constituir-se de uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim sendo, no Título IV, da Constituição Federal, notamos a organização dos Estados e Distrito Federal nos seguintes poderes: o Poder Legislativo, no Capítulo I; o Poder Executivo no Capítulo II; e o Poder Judiciário, no Capítulo III. O Poder Legislativo é

---

<sup>1</sup> - SOUSA, Miguel Teixeira. Introdução ao Processo Civil. 2ª edição. Lisboa. Lex editora. 2000, p. 27.

<sup>2</sup> - Idem, p. 27.

exercido pelo Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Art. 44). O poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estados (Art. 76). O Poder Judiciário, composto pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (Art. 92).

Abaixo, trataremos das competências das organizações dos Estados:

Competência não legislativa da União: determina um campo de atuação político-administrativa, também denominada competência administrativa ou material, pois não se trata de atividade legiferante. Regulamenta o campo do exercício das funções governamentais, podendo tanto ser exclusiva da União (Art. 21 da Constituição Federal), marcada pela particularidade da indelegabilidade; como comum (Art. 23 da Constituição Federal), também chamada de cumulativa ou paralela, aos entes federativos, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A competência legislativa privativa da União para elaborar leis está prevista no Art. 22 da Constituição Federal, e, no parágrafo único permite à União por meio de lei complementar, autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nesse mesmo artigo. Essa autorização estende-se ao Distrito Federal, por força do Art. 32, § 1º, da Constituição Federal.

No Art. 24 da Carta Magna determina as matérias de competência concorrente da União, dos Estados, e do Distrito Federal. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Em caso de inércia da União, inexistindo lei federal elaborada pela União sobre norma geral, os Estados e o Distrito Federal (Art. 24, *caput*, c/c o Art. 32, § 1º) poderão complementar a União e legislar, também, sobre as normas gerais, exercendo a competência legislativa plena. Caso a União resolva legislar sobre norma geral em que o Estado ou Distrito Federal já tenha legislado, a eficácia da norma estatal será suspensa, no que for contrária à nova lei federal, passando a conviver naquilo que não foi conflitante.

Com relação aos Estados Membros, no dizer de Pedro Lenza, o poder constituinte derivado decorrentes dos Estados Federados são autônomos, em decorrência da capacidade de auto-organização (Art. 25, *caput*), autogoverno (Arts. 27, 28 e 125), autoadministração e



autolegislação (Arts. 18 e 25-28), tratando-se de autonomia e não soberania, na medida em que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Competência não legislativa dos Estados-Membros: comum, previstas no Art. 23 da Constituição Federal, ou seja, competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e residual, ou seja, reservadas aos Estados as competências administrativas que não lhe sejam vedadas, após a enumeração dos outros entes federativos (Art. 25, § 1º), ou seja, as competências que não sejam da União (Art. 21), do Distrito Federal (Art. 23), dos Municípios (Art. 30, incs. III a IX) e comum (Art. 23).

Além da organização dos Estados como estrutura jurisdicional, José Roberto dos Santos Bedaque, bem como a maioria da doutrina, indicam como sendo obstáculos a um processo justo, os fatores: econômico, organizacional e processual. O organizacional refere-se a interesse de grupos, denominados coletivos ou difusos, carecedor de tratamento especial, característica de uma sociedade contemporânea<sup>1</sup>.

Miguel Teixeira de Sousa, ao comentar sobre organização do processo, diz que: o processo justo exige, antes de tudo, uma tramitação adequada para aplicar corretamente a lei a fatos verdadeiros; e, ainda, exige do Estado, uma aplicação de recursos financeiros necessários que possibilitem aos tribunais boas condições de trabalho para que juízes e funcionários tenham um bom local de trabalho com investimentos tecnológicos e instalações adequadas, para a realização da justiça<sup>2</sup>.

## 1.4.2 Investimentos

---

<sup>1</sup> - Cf. José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 24, tendo como título Processo justo e técnica processual, diz que prestigiada doutrina indica três grandes obstáculos a serem superados para que o processo atinja seu escopo: econômico, organizacional e processual. O primeiro está relacionado à pobreza, que impede o acesso à informação e à representação adequada. O segundo refere-se aos interesses de grupos, denominados "coletivos ou difusos", cuja proteção merece tratamento especial, pois constituem a grande característica da sociedade contemporânea. Por fim, depara-se com os óbices decorrentes da insuficiência do processo litigioso para a solução de determinados litígios.

<sup>2</sup> - SOUSA, Miguel Teixeira. *Introdução ao Processo Civil*. 2ª edição. Lisboa, Editora Lex. 2000, p. 27.

Neste capítulo será abordado o investimento econômico dispendido no processo, através da Defensoria Pública, para que o hipossuficiente tenha acesso à produção de prova pericial e representação adequada, visando o processo justo<sup>1</sup>.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes, Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esse princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional garante a todos o acesso à justiça.

O Art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal, estabelece que o Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Essa garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, que tem a incumbência de orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do Art. 134, *caput*, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Ainda, no Art. 24, inc. XIII, da Constituição Federal, fala da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e defensoria pública.

Nesse diapasão, foi editada a Lei Complementar Estadual nº 988, de nove de janeiro de 2006, que dispõe, em seu Art. 236, que o Fundo de Assistência Judiciária, instituído pela Lei nº 4.476/84 e regulamentado pelo Decreto nº 23.703/85, é destinado a custear despesas concernentes à prestação de assistência judiciária gratuita e vincula-se, a partir da promulgação da lei complementar, à Defensoria Pública do Estado, encarregada de gerir os seus recursos.

O Conselho Superior da Defensoria Pública buscou restringir o direito conferido aos hipossuficientes, através do Art. 1º da Deliberação nº 56, de 11 de janeiro de 2008<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. A efetividade do processo e técnica processual. São Paulo. Malheiros Editores. 2006, p. 24.

<sup>2</sup> - LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. 11ª edição. São Paulo. Editora Método. 2006, p. 741.

<sup>3</sup> - Deliberação do CSDP nº 56, de 11.01.2008, dispõe sobre o pagamento, pelo fundo de Assistência Judiciária – FAJ, de peritos que atuem nos feitos de natureza cível em que partes são assistidas pela Defensoria Pública do Estado, direta ou indiretamente, por meio de advogado conveniado: Art. 1º, O pagamento de perito indicado para atuar em processo judicial de natureza cível, de competência da Justiça Estadual, em que o ônus da prova pericial tenha sido atribuído à parte que é atendida pela Defensoria.

Com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, toda e qualquer espécie de assunto ou questão envolvendo direito poderá ser apreciado pelo Judiciário, que através da atividade jurisdicional irá aplicar a lei, que está posta abstrativamente, ao conflito ou ao interesse dos indivíduos; para isso é necessário, também, assegurar o amplo e irrestrito acesso dos indivíduos a esse Poder, de maneira efetiva e satisfatória, visando atender às expectativas dos cidadãos<sup>1</sup>.

Portanto, havendo ameaça ou lesão a Direito de um cidadão comprovadamente hipossuficiente, o Estado irá custear o processo na sua integralidade, através da Defensoria Pública, proporcionando e garantindo, assim, a justiça para todos.

### 1.4.3 Amplo Acesso

Nem todas as pessoas têm acesso ao judiciário de maneira satisfatória. As dificuldades de informação constituem, em particular, obstáculo ao pleno acesso ao direito, em todos os sistemas jurídicos, o que se mostra especialmente verdadeiro para os indivíduos ou grupos menos privilegiados<sup>2</sup>. Mediante regras e mecanismos de escolhas, concede-se aos menos favorecidos a assistência judiciária gratuita, o que significa de todo modo, que a todos os hipossuficientes será concedido acesso à justiça.

A grande busca pela tutela jurisdicional, resulta numa elevada carga de trabalho para os juízes, motivo pelo qual os doutrinadores passaram a se preocupar com as mazelas do judiciário, buscando uma maneira de atender às expectativas de uma jurisdição mais célere e justa, com a satisfação dos litigantes, e a justa aplicação de uma prestação jurisdicional adequada e efetiva do direito almejado, dentro de uma razoável duração do processo.

Dentre essas formas, a “tutela de urgência” se apresenta como principal alternativa para a realização da justiça.

O Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, leciona que, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não pode recusar-se a ela, quando legitimamente provocada, nem pode delegar a outros poderes o seu exercício. A jurisdição só pode ser exercida pelo Poder Judiciário, que tem a obrigação de prestar a tutela

---

<sup>1</sup> - RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. As Provas como Instrumentos de Efetividade no Processo Civil. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 07.

<sup>2</sup> - CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Reimpressão, 1999, p. 84.

jurisdicional, o que não é uma simples faculdade. Trata-se do princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade da prestação jurisdicional, também denominado de direito de ação, ou princípio do livre acesso ao judiciário, ou conforme assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiguidade da justiça.

As expressões “lesão” e “ameaça a direito” garantem o livre acesso ao judiciário para postular, tanto a tutela jurisdicional preventiva, como a repressiva, comenta Pedro Lenza<sup>1</sup>. E, ainda, comenta o autor com relação à arbitragem, ficando a cargo das partes escolherem a solução da lide por juízo arbitral e mesmo havendo o compromisso arbitral, as partes podem ir ao Judiciário e alegar a exceção do compromisso arbitral, garantindo-se assim o acesso à justiça.

Para Miguel Teixeira de Sousa, a todo o cidadão deve ser garantido o acesso aos tribunais em obediência ao princípio da igualdade, pois que qualquer exclusão ou restrição, implica a impossibilidade ou dificuldade de defesa, especialmente se for por insuficiência econômica. Nesse caso, o Estado fornece condições que possibilitem aos cidadãos direitos constitucionalmente garantidos<sup>2</sup>.

Para Fredie Didier Júnior, o processo é um instrumento de acesso à justiça, sendo que, a ação e a jurisdição são institutos que nasceram um para o outro<sup>3</sup>. A última palavra sobre o litígio é dada pelo Poder Judiciário, ou seja, a definitividade só é proclamada pelo Poder Judiciário.

Entendemos que o acesso ao judiciário todos têm, independentemente da condição econômica, muito embora o Estado garantisse a todos o acesso à justiça e dá condições, por meio da assistência judiciária gratuita, à representação processual. No entanto, o amplo acesso nem todos têm, em razão da desigualdade de armas, principalmente na questão

---

<sup>1</sup> - LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª edição. São Paulo. Editora Método. 2006, p.723.

<sup>2</sup> - SOUSA, Miguel Teixeira. Introdução ao Processo Civil. Lisboa, Lex, 2000, p. 28. O autor sobre o tema Acesso aos tribunais em sua obra; “Dado que, no Estado de direito, os tribunais possuem o monopólio do exercício da função jurisdicional, a todos os cidadãos deve ser garantido o acesso aos tribunais (art. 20º, nº 1, CRP), pois que qualquer exclusão ou restrição nesse acesso implica a impossibilidade ou dificuldade de defesa dos direitos ou interesses próprios. Em especial, dado que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios econômicos (art. 20º, nº1, CRP), há que garantir a todos, através dos necessários apoios, o acesso à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário (art. 20º, nº 2, CRP). A garantia do acesso à justiça, independentemente da situação econômica ou da condição social do interessado, é uma consequência do princípio da igualdade (art. 13º CRP), pois que há que evitar que alguém deixe de tutelar os seus direitos ou interesses em juízo por não poder suportar as inerentes despesas. O apoio estadual no acesso aos tribunais também decorre dos princípios orientadores do Estado social de direito, segundo os quais os cidadãos têm direito a que o Estado forneça as condições que possibilitem um gozo e um exercício efectivos dos direitos constitucionalmente consagrados.

<sup>3</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 9ª edição. Salvador/BA. Editora Podivm. 2008, vol.1, p.86.

probatória, em especial a prova pericial, quando não é dada condição de igualdade pelo Estado–Juiz, levando-se em consideração quando uma das partes for vulnerável no processo.

#### 1.4.4 Contraditório

O direito de submeter toda e qualquer lesão de direito à apreciação do poder judiciário (Art. 5º, inc. XXXV), garante o contraditório e a ampla defesa (Art. 5º, inc. LV), bem como o devido processo legal (Art. 5º, inc. LIV).

É através do processo que o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido primariamente exercida, mas de maneira pacífica e espontânea pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão<sup>1</sup>.

O Juiz, investido da jurisdição, posiciona-se de maneira imparcial na relação processual; em consequência, compete a ele julgar, não de modo neutro ou indiferente, mas imparcialmente. “Decisão” é ato de poder, pois somente em razão deste o que for decidido deve ser obrigatoriamente cumprido, observando-se as disposições legais que fixam limites para tal poder<sup>2</sup>.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>3</sup>, decisão é um ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional, o fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois exige fundamentação. Não apenas ser provado, mas comprovado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que, aliás, nem precisa ocorrer. E continua o autor “A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever de prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento”.

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal). O Art. 261 do Código de Processo Penal determina que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

---

<sup>1</sup> - GOMES, Sérgio Alves. Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1997. p. 51.

<sup>2</sup> - Ibidem, p. 50.

<sup>3</sup> - FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estado do Direito. Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo, Atlas, 2003, p.323.

O Contraditório gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. Cabe ao Estado-Juiz a verificação correta do direito processual ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra o direito de manifestar-se em seguida. Nesse caso, há uma possibilidade dos contendores praticarem todos os atos para convencimento do juiz, tanto na produção quanto na valoração de suas provas para vê-las seriamente apreciadas pelo órgão jurisdicional<sup>1</sup>.

Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto e deve sempre ser observado sob pena de nulidade do processo<sup>2</sup>.

Portanto, o princípio do contraditório é de vital importância, pois propicia ao demandante e ao demandado o almejado acesso à ordem jurídica justa, por meio do processo, observando também as garantias constitucionais da ação e da defesa.

### **1.4.5 Prazo Razoável**

No processo realizam-se diversos atos a ele inerentes, que são interligados entre si, e que se sucedem uns aos outros, num movimento ditado pelas regras de procedimento. Esses atos têm prazos dentro do qual devem ser necessariamente realizados sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se o responsável a determinadas penalidades processuais.

Um dos grandes problemas da atualidade é a demora na prestação da tutela jurisdicional. Como bem observa Luciano Ramires<sup>3</sup>, “o tempo é um fator importante para o processo, pois a sua longa duração pode tornar a tutela jurisdicional de nenhuma utilidade, bem como gerar total descrédito na população em relação à atividade jurisdicional do Estado”.

Miguel Teixeira de Sousa assevera que, “as partes têm direito a que a decisão da causa seja proferida num prazo razoável”. É interessante salientar que todos os prazos processuais devem ser obedecidos, tanto pelas partes, como pelos serventuários da justiça. Além disso, a duração excessiva do processo dificulta a produção de prova, tanto pelo recolhimento de dados, como o depoimento de testemunhas<sup>4</sup>. A obtenção de uma decisão

---

<sup>1</sup> - CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo. Saraiva. 2007, p.19.

<sup>2</sup> - Humberto Theodoro Júnior, comenta Andrioli, Lezioni diritto Processuale Civile, 1999, p.28.

<sup>3</sup> - RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. As provas como instrumentos de Efetividade no Processo Civil. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2002, p.25.

<sup>4</sup> - SOUSA, Miguel Teixeira. Introdução ao Processo Civil. Lisboa, Lex, 2000, p. 30 – Não é certamente possível definir em abstracto o prazo razoável para a duração dos processos, mas é sempre viável analisar se, em função das circunstâncias do caso concreto, a duração de um

num prazo razoável é uma das mais importantes garantias da efetividade da tutela jurisdicional<sup>1</sup>.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, (Pacto de São José da Costa Rica) adquiriu eficácia internacional em 18 de julho de 1978. Em 26 de maio de 1992, foi aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto nº 27. Em 25 de setembro do mesmo ano, foi depositada a Carta de Adesão, e no dia 09 de novembro subsequente foi promulgada mediante o Decreto nº 678 e definitivamente incorporada ao Sistema Jurídico Brasileiro. Em seu Art. 8º, n. 1, está consignado o direito de toda pessoa a ser ouvida por juiz ou tribunal dentro de um prazo razoável. Portanto, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 45 (08 de dezembro de 2004) o direito à duração razoável do processo já fazia parte no ordenamento Jurídico Nacional.

Embora a Constituição Federal tenha sido omissa quanto ao direito do cidadão ao processo em prazo razoável, essa garantia foi integrada pela Convenção Americana e depois com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, quando tal direito passou a figurar de modo explícito entre as garantias oferecidas pela Carta Magna (Art. 5º, inc. LXXVIII – “a todos no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

Ainda, no Art. 1211-A do Código de Processo Civil, com o objetivo de tornar o processo célere, estabeleceu-se que aos maiores de 65 anos de idade tivesse prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.

Vários autores citam diversos problemas que contribuem para a morosidade da justiça, tais como: falta de estrutura do poder judiciário, juízes despreparados, dentre outros; inclusive, com a facilidade que se encontra para obtenção de modelos de petições na internet (o popular recorta e cola), há advogados que montam petições volumosas, dificultando o trabalho do juiz, pela exiguidade de tempo.

Entendemos que se os prazos processuais previstos no Código de Processo Civil fossem utilizados, com responsabilidade, por todos aqueles que de alguma forma atuam no processo, inclusive os peritos, que também podem protelar os prazos processuais, estaríamos praticando a celeridade processual tão almejada pelos operadores do direito.

---

processo excedeu aquilo que seria justificado. Para isso, basta confrontar a duração efectiva do processo com a duração que ele deveria ter tido se fossem respeitados todos os prazos legais definidos para os actos do tribunal e das partes.

<sup>1</sup> - Idem, p. 30.

### 1.4.6 Previsibilidade

Para o ser humano, visando à preservação da vida em comum, há a necessidade de imposição de regras de conduta, pois o indivíduo não pode viver exclusivamente para satisfazer aos seus próprios impulsos e instintos, que, se não sujeitos à repressão, podem colocar em risco a harmonia social.

Aquele que tiver sua pretensão resistida poderá bater à porta do judiciário que, substituindo a vontade das partes, dirimirá o conflito, afastando a resistência e pacificando com justiça (Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal). Nesse sentido, o Judiciário só se manifesta mediante provocação, regra prevista no Art. 2º do Código de Processo Civil, que diz: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, fator também chamado de princípio da disponibilidade. Princípio esse previsto no Art. 24 do Código de Processo Penal.

Para a condução do processo o juiz é dotado de poderes que lhe permitirá a condução do feito mediante regras toleradas pelo ordenamento jurídico, desde que mantenha inatingível a integridade do “due process of Law<sup>1</sup>”. Para que o juiz se aproxime do ideal de justiça, tem à sua disposição múltiplos instrumentos, conforme cita o autor, quais sejam: a) análise das matérias de ordem pública, pelo magistrado, de ofício (Arts. 13, 113, 219, § 5º, 267, § 3º, 301, § 4º, do Código de Processo Civil); b) poderá, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos das causas (Art. 342 do Código de Processo Civil); c) a possibilidade de o juiz ordenar, de ofício, a qualquer das partes, a exibição parcial de livros ou documentos que interessar ao litígio (Art. 382 do Código de Processo Civil); d) o interrogatório das testemunhas (Arts. 416, 418 do Código de Processo Civil); e) determinar, de ofício, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (Art. 437 do Código de Processo Civil); f) no tocante à prova pericial as regras prescritas nos Arts. 436 e 437 do Código de Processo Civil; g) inspeção judicial de pessoas ou coisas (Art. 440 do Código de Processo Civil); h) a competência para o juiz proceder direta e pessoalmente a colheita das provas (Art. 446, inc. II, do Código de Processo Civil); i) a fixação dos pontos controvertidos sobre os quais incidirá as provas (Art. 451 do Código de Processo Civil); j) a determinação de medidas para a efetivação da tutela (Art. 461, § 5º); k) o poder geral de

---

<sup>1</sup> - LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª edição. São Paulo. Editora Método. 2006, p. 487.



cautela previsto no Art. 798 do Código de Processo Civil; l) determinará a abertura do inventário (Art. 989); m) a correção, de ofício, das inexatidões materiais da partilha (Art. 1.028); n) poderá a qualquer tempo, corrigir as inexatidões materiais nos autos de inventário (Art. 1.107); o) o Juiz pode, inclusive, decidir por equidade, adotando, em cada caso específico, a solução que lhe reputar mais conveniente ou oportuna (Art. 127, c/c o Art. 1.109); p) os poderes previstos nos Arts. 1.113, 1.129, 1.142, 1.160; q) suscitar o conflito de competência (Art. 116), bem como incidente de uniformização (Art. 476); r) condenar a litigância de má-fé (Art. 18); s) a minimização do formalismo (Art. 154, 244 e 250, parágrafo único).

O indivíduo que tem o seu direito ameaçado recorre ao Estado que, na pessoa do juiz, dirá o seu direito; para tanto, a pessoa investida da autoridade jurisdicional, tem à mercê diversos dispositivos legais para dizer o direito, todavia, não estará adstrito apenas ao que a lei determina, podendo partir de uma situação de passividade, para interagir e garantir uma instrução processual precisa com a consciência dos objetivos a serem alcançados pelas partes, dando-lhes segurança e cumprindo com integridade o devido processo legal, sem, contudo, ferir o ordenamento jurídico vigente.

Para Miguel Teixeira de Sousa, previsibilidade da decisão é aquilo que é alegado e discutido durante o processo, não devendo as partes ser surpreendidas com uma decisão que, embora baseada numa matéria de conhecimento oficioso, aprecia uma questão que nenhuma das partes alegou ou discutiu, as chamadas “decisões surpresas”<sup>1</sup>.

No mesmo sentido, no Art. 128 do Código de Processo Civil, menciona que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer questões não suscitadas pelas partes, sendo de iniciativas delas. É ainda defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, bem como condenar ao réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, Art. 460, do mesmo diploma legal, sob pena de infringir o princípio da imparcialidade.

### **1.4.7 Procedimentos Diferenciados**

Procedimento pode ser definido como o conjunto ou a sequência ordenada de atos previamente coordenados e regulados em lei, que se desenvolvem por uma série de atos

---

<sup>1</sup> - SOUSA, Miguel Teixeira. Introdução ao Processo Civil, Lisboa, Lex, 2000, p. 30. O art. 3º, nº 3, proíbe, em regra, que o juiz conheça questões de facto ou de direito, mesmo de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

cronologicamente sucessivos, e tendem a um resultado final, que é a sentença, provimento através do qual se concretiza a tutela jurisdicional.

Para Marcos Vinicius Rios Gonçalves<sup>1</sup>, procedimento é: “o modo pelo qual os atos processuais encadeiam-se no tempo para atingir a sua finalidade”. O procedimento começa com uma pretensão formulada por meio de uma petição inicial. É obrigatório que o réu seja chamado a integrar a relação processual, o que se faz por intermédio da citação, para que lhe seja dada a oportunidade de oferecer resposta.

Se necessário, será aberta a possibilidade de as partes produzirem as provas imprescindíveis para demonstrar os fatos que refutem relevantes às suas pretensões, e, ao final, o juiz, sopesando as alegações e as provas trazidas aos autos, deverá emitir o provimento jurisdicional.

O objetivo do processo é buscar o resultado material, para isso o Código de Processo Civil determina a técnica apropriada a cada tipo de conflito levado a juízo; prevendo, para tanto, dois tipos fundamentais de procedimento: o comum e o especial. Este é dividido em jurisdição contenciosa (Arts. 890 a 1.071) e voluntária (Arts. 1.103 a 1.210); e aquele, em ordinário (Arts. 282 a 466) e sumário (Arts. 275 a 281).

Para buscar o procedimento adequado, dever-se-á observar a lei, respeitando as peculiaridades por ela imposta. Se não for especial, será o procedimento comum; cumprindo agora verificar o valor da causa e a matéria a ser discutida, caso em que, será ordinário ou sumário.

O procedimento é matéria de ordem pública, devendo o juiz, de ofício, determinar a conversão de um a outro, providenciando a emenda necessária à inicial, quando houver equívoco do autor. Se o erro não for verificado pelo juízo e houver prejuízo a qualquer das partes, haverá nulidade do processo; o que não ocorrerá se as partes tiverem a possibilidade de manifestação e produção das provas necessárias para demonstrar as suas alegações, tudo em obediência ao princípio da instrumentalidade do processo.

As regras do procedimento ordinário são supletivas aos demais quando não houver regras próprias; no entanto, no procedimento sumário (Art. 276 do Código de Processo Civil), a perícia deve ser requerida na petição inicial ou na contestação, sob pena de preclusão.

Não basta a existência do direito material normatizado se não houver a garantia de sua aplicação eficaz com efetiva instrumentalização da justiça ao titular, por meio da tutela

---

<sup>1</sup> - GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, 4ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 313.

jurisdicional, como estudado neste capítulo. O possuidor do direito material busca sua potencialização e o acesso de forma justa, célere, eficaz e tempestiva ao Poder Judiciário, com o envolvimento de advogados, promotores, juízes, peritos, serventuários da justiça, ou seja, todos envolvidos na correta aplicação da lei e dos princípios jurídicos, na busca de uma perfeita colaboração com o sistema processual civil.

Para tanto, será estudado no capítulo seguinte, os meios de provas em direito admitidos, destacando-se a prova pericial que é o objeto do presente estudo, visando o seu aproveitamento para a formação do livre convencimento do juízo, dada a sua relevância como meio de prova, cuja negativa poderá desencadear outros atos processuais, assim como o descrédito no poder judiciário.

## CAPÍTULO II – TEORIA GERAL DA PROVA

### 2.1 Análise Conceitual da Prova

Etimologicamente, o termo prova, vem do latim *probo, protatio e probus*. *Probus* significa bom, reto. É demonstrar a verdade de uma proposição afirmada<sup>1</sup>.

Para Eduardo Cambi<sup>2</sup> é toda atividade realizada pelas partes e subsidiada pelo juiz. É um meio instrumental destinado a comprovar fatos, cuja finalidade é formar a convicção do julgador para a solução da causa.

E, ainda, continua Eduardo Cambi, “prova”, como atividade probatória, tem sentido pluralista, cujo resultado é a convicção do juiz, são eles: prova como atividade, meio e resultado.

Como atividade, é sinônimo de instrução ou conjunto de atos realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos; como meio, é o instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo, cuja finalidade é a formação do convencimento do juiz; como resultado, é sinônimo de êxito e valoração, consubstanciado na convicção do juiz, que poderá livremente formar sua convicção, motivando-a racionalmente a sua decisão com aquilo que foi alegado com o que foi provado. “Havendo dúvidas quanto à existência dos fatos, o juiz, para melhor esclarecê-lo, pode valer-se dos poderes de iniciativa probatória, previstos na lei processual, e, persistindo as incertezas, aplicar o Art. 333 do Código de Processo Civil, como regra de julgamento<sup>3</sup>”.

Para Carnelutti, a prova é a afirmação acerca da existência de um fato, o que se faz mediante o conhecimento de um mesmo acontecimento. O conhecimento não é a prova, porém esclarece o que nela foi afirmado.

E, ainda, continua o autor<sup>4</sup>: prova na linguagem comum se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma

---

<sup>1</sup> - FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª edição, 2003, p. 319. Sobre o tema prova jurídica Tercio Sampaio diz que: não obstante a qualificação e os princípios de balisamento, a decisão não emerge automaticamente da subsunção ao caso à norma. Há ainda o requisito prova. A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, seu caráter ético.

<sup>2</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.47.

<sup>3</sup> - Ibidem, p. 49.

<sup>4</sup> - CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. Traduzido por Lisa Pari Scarpa. Tradução da 2ª edição italiana. Campinas. Editora Bookseller. 2005. p. 67 e na página 256 o autor acrescenta ao conceito de prova como conjunto dos meios que servem para comprovar ao juiz a verdade dos fatos afirmados.

coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar. Ainda, *apud* Merlin<sup>1</sup>, que conceitua prova como sendo uma consciência legítima que resulta de um fato cuja certeza leva à conclusão de que outro fato, cuja verdade se ignorava, é ou não verdadeiro.

O juiz, ao aplicar o disposto no Art. 333 do Código de Processo Civil, no que se refere a tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, buscará esclarecimento à existência dos fatos, prerrogativa esta que lhe assiste, determinando a produção de provas, desde que o faça resguardando o princípio do contraditório e da imparcialidade, caso isso ocorra, deixará de aplicá-lo.

É um ato praticado pelas partes e pelo juiz, que no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, determinar de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (Art. 156 do Código de Processo Penal) e poderá ouvir testemunhas, além das indicadas pelas partes, quando julgar necessário (Art. 209 do Código de Processo Penal) e também quando tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, quando possível (Art. 234 do Código de Processo Penal).

Antônio Carlos de Arruda Cintra e outros<sup>2</sup> conceituam prova como sendo “toda pretensão que se prende a um fato que a fundamenta. Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dela extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional”. E, ainda, comentam os autores: as dúvidas sobre a veracidade das provas feitas pelo autor ou por ambas as partes, são questões que devem ser resolvidas pelo juiz. E, no dizer das Ordenações Filipinas, “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões” (Liv. III, Tit. 63).

Em sentido geral, a prova diz respeito aos fatos que devem ser provados, porém nem todos, conforme preceitua o Art. 334 do Código de Processo Civil: os notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela outra; os admitidos, no processo, como incontroversos e os em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Portanto, somente fatos que revelam dúvidas e que tenham alguma relevância devem ser provados, como a rasura de um documento.

Entendemos que prova é um meio instrumental destinado a comprovar a realidade fática de um acontecimento, cuja finalidade é formar a convicção do julgador, destinatário

---

<sup>1</sup> - CARNELUTTI, Francesco. *Aprova Civil*. Traduzido por Lisa Pari Scarpa. Tradução da 2ª edição italiana. Campinas. Editora Bookseller. 2005. p. 84.

<sup>2</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Arruda. *GRINOVER*, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 1985, p.316.

desta, para a solução da causa, objetivando proporcionar ao jurisdicionado um provimento justo, eficaz e válido, como potencialização das garantias constitucionais a ele assegurado; e, por conseguinte, dar à parte que vê a sua pretensão resistida reconhecida pelo Estado, a tranquilidade necessária para o bom convívio social, sem contudo praticar a autotutela.

## 2.2 Evolução Histórica da Prova

Para embasamento do presente trabalho, necessário se faz um pequeno retrospecto da história da prova dentro do processo, como meio colocado à disposição do julgador, visando à potencialização da justiça.

O direito sempre foi elemento essencial da relação interpessoal desde os tempos mais remotos da história da humanidade até os dias de hoje. A prova era banhada de superstição ligada à ideia de ofensa a alguma divindade. Avolio<sup>1</sup>, comenta que somente com o surgimento do Estado consolidado com seu *imperium* é que a lei propriamente estabelece a prova. No sistema da prova legal, a lei deveria determinar concreta e pontualmente os fatos a serem provados e de que modo, carecendo o juiz de liberdade para julgar, pois só lhe era dado aplicar um mero raciocínio lógico.

Sobre o tema, Moacyr Amaral Santos<sup>2</sup> leciona que no direito romano aplicava-se a regra do ônus da prova; incumbe provar aquele que propõe em juízo, aquele que afirma uma situação jurídica como fundamento da ação, não a quem nega tal situação jurídica. Entretanto, se o réu não se limita a negar a situação jurídica exposta pelo autor, mas, por sua vez, articula uma situação jurídica diversa daquela, assume o ônus de provar essa situação: réus *in exceptione actor est*. Com essa orientação constrói-se a teoria clássica do ônus da prova, conforme a qual incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito.

A teoria clássica do direito romano tomou força com relação às Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. 53, § 10, admitindo a negativa, como regra, não se pode provar, por serem indefinidas, ou seja, provar que uma pessoa nunca foi a Santos, ou provar que permanentemente usou determinada joia.

---

<sup>1</sup> - AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1995. p. 21.

<sup>2</sup> - SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual. 18ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1997. 2º volume.

Os processualistas modernos partem do pressuposto de que a averiguação probatória seja conduzida pelo princípio da iniciativa das partes, respeitando o princípio da paridade de tratamento, que liga o problema da distribuição do ônus da prova ao interesse das partes no reconhecimento em juízo da verdade dos fatos que alegam como fundamento da ação ou da exceção. Àquele que apresenta uma pretensão cabe provar os fatos constitutivos, e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. Moacyr Amaral Santos *apud* Chiovenda: “o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por ele tidos como verdadeiros”.

O Estado Democrático de Direito deve restringir e delimitar a produção de provas que venham a ofender as relações sociais, levando-se em consideração a dignidade, a liberdade e a intimidade da pessoa humana.

### **2.3 Matéria a Ser Provada**

Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (Art. 130 do Código de Processo Civil). Devem ser provados os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada, ou seja, os relevantes ou influentes, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa; são excluídos da prova os fatos que nenhuma influência exercem sobre a decisão da causa, os irrelevantes, que podemos descartar: a) fatos que, conquanto possíveis, são impossíveis de se provar, seja por disposição legal (alegados contra presunção *iuris et de iure*), seja pela própria natureza (quando o fato não puder ser provado por determinado meio de prova); b) fato física ou juridicamente impossível. A matéria a ser provada deve ser determinada, identificada no tempo e no espaço, suscetível de prova.

O Art. 334 do Código de Processo Civil versa sobre os fatos que independem de prova, são eles: os notórios, afirmados por uma e confessados pela outra parte; não contestados, ou admitidos no processo como incontroverso, e em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Fredie Didier Junior<sup>1</sup> diz que, embora o Código de Processo Civil não diga expressamente, os fatos impertinentes e irrelevantes, independem de prova, por não influir na decisão e desnecessária ao deslinde da causa.

No entanto, conforme preceitua o Art. 131 do Código de Processo Civil, o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Vejamos a posição dos nossos tribunais a respeito do livre convencimento do juiz com relação às provas e, em contrapartida, nos termos do Art. 436 do Código de Processo Civil, não está o magistrado adstrito ao Laudo Pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

No entanto, na sentença em que o juiz não acolhe o laudo pericial por não estar adstrito a ele, motivando a sua decisão e amparado pelo Art. 436 do Código de Processo Civil, verifica-se que houve dispêndio de tempo e dinheiro suportado pelas partes ou pelo Estado, no caso de hipossuficiência, sem nenhum aproveitamento técnico. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL nº 70035279058. COMARCA DE PORTO ALEGRE. NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. UNÂNIME. “julgadora de 1º grau: Ana Cláudia Cachapuz. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL e AÇÃO DE COBRANÇA. 1. APELO DO AUTOR (da revisional). LIVRE VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL. O Juiz é livre para valorar o conjunto probatório, não estando adstrito ao laudo pericial, nos termos do Art. 436 do CPC<sup>2</sup>.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PREÇO E CORREÇÃO MONETÁRIA. PRETENSÃO CONDENATÓRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 40, XI E XIV, D, 50, III, VII E XI, 58, §§ 1º E 2º, E 65, I E II, D, E §§ 5º E 6º, DA LEI 8.663/93. (RE) INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS/CONTRATUAIS E REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 131 E 458, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 436 DO CPC. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS DO ACÓRDÃO UNÂNIME PROFERIDO NO RECURSO DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO. ...“O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua

<sup>1</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição. Salvador/BA. Editora Podivm. 2008. 2º volume, p.46.

<sup>2</sup> - BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Especial. Apelação Cível. Negócios Jurídicos Bancários. Recorrente Valter Galves Gutierrez. Recorrido: Banco Citibank S/A. [WWW.tjrs.jus.br](http://WWW.tjrs.jus.br)



convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (CPC, art. 436).<sup>1</sup>

O dispositivo legal, isto é, o Art. 436 do Código de Processo Civil, aliado aos princípios que norteiam a produção da prova no Código de Processo Civil, depreende-se que o juiz é livre para valorar o conjunto probatório, não estando adstrito ao laudo pericial, basta apenas motivar a sua decisão.

Importante ressaltar que o destinatário da prova é o juiz, que determinará a matéria a ser provada. Se entender que, para a solução dos conflitos requer provas complementares, este o fará de ofício (Art. 130 do Código de Processo Civil), pois o Estado o elegeu como titular do direito substancial, conferindo-lhe total liberdade de avaliar os prós e os contras da solução jurisdicional, que, muitas das vezes, acarreta consequências não desejadas às partes, como, por exemplo, o ônus para a produção da prova pericial.

## 2.4 Finalidade da Prova

Para pôr termo a uma decisão judicial supõe, invariavelmente, a determinação prévia da existência ou inexistência de um fato, sobre o qual, precisamente, deve recair a aplicação da lei, restabelecendo o equilíbrio jurídico turbado, dando a cada um o que é seu, absolvendo ou condenando. Porém, questões judiciais suscitam a necessidade em provar o direito, em que a existência de uma lei ou de um costume envolve questão de fato sujeita à necessidade de sua comprovação pelos meios ordinários de prova.

Luciano Henrique Diniz Ramires escreve que, “as provas têm como escopo fundamental levar ao julgador a evidência ou a “quase certeza” a respeito da existência dos fatos, que são os objetos das provas, a fim de que a lide possa ser decidida, da maneira mais justa e racional possível<sup>2</sup>”.

Para Antônio Dellepiane, o juiz goza de plena liberdade para ir à verdade; que a lei não imponha à consciência dos magistrados regras imperativas que os forcem a aceitar por verdadeiro aquilo que não sentem ou não acreditam como tal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. Acórdão nº 2007/0029963-0. Agravante: Top Serviços Recursos Humanos e Assessoria Empresarial Ltda. Agravado: Caixa Econômica Federal. Ministra Relatora: Denise Arruda. Brasília, 02 de agosto de 2007.

<sup>2</sup> - RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. As provas como Instrumentos de Efetividade no Processo Civil. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 39.

<sup>3</sup> - DELLEPIANE, Antônio. Teoria da Prova. Campinas. ME Editora e Distribuidora. 2001, p.51.

E, ainda, continua o autor, a ação de fazer a prova incumbe ao autor, pois é ele quem deve fornecer os elementos de juízo ou produzir os meios indispensáveis para determinar a exatidão dos fatos que alega como fundamento da sua ação, caso não o faça a contento, perderá o seu pleito. Essa prova produzirá no juiz um estado de espírito que formará uma convicção, certeza da existência daquele fato, que certamente recairá o seu pronunciamento<sup>1</sup>.

No mesmo sentido Eduardo Cambi sustenta que para que os fins, julgamento da causa, sejam alcançados satisfatoriamente, é preciso que o sistema probatório esteja voltado à busca da verdade e à realização da justiça da decisão. E, ainda, afirma que basicamente a prova cumpre duas funções; a primeira refere-se à cognição, isto é, a prova é um instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, possibilitando ao juiz formar sua convicção; e, por outro lado, a função externa da prova, voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional. Ambas as funções, têm como finalidade a busca da verdade, cuja finalidade é a realização da justiça<sup>2</sup>.

Logo, as provas tornam-se indispensáveis à realização de uma laboriosa investigação e delicadas operações tendentes a estabelecer, com exatidão, a existência de fatos passados carreados aos autos. Cada parte litigante oferece ao juiz a sua versão sobre o litígio, a fim de demonstrar a exatidão de sua afirmação, ou quase certeza, cabendo a ele, na análise do conjunto probatório, dizer o direito, acolhendo ou rejeitando qualquer das variantes que lhes foram apresentadas, ou ainda, construir uma terceira, para formar sua livre convicção.

Assim, as provas têm como destinatário final, o magistrado, que as analisará no processo, formando a sua livre convicção, julgando a causa dentro do sistema de sua valoração, fundamentando-as, conforme trataremos em capítulo próximo.

## **2.5 Ônus da Prova**

Ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. O Art. 333 do Código de Processo Civil, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor ou réu); b) a natureza dos fatos em que se funda a

---

<sup>1</sup> - DELLEPIANE, Antônio. Teoria da Prova. Campinas. ME Editora e Distribuidora. 2001, pp. 21 e 22.

<sup>2</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. Volume 3. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2001, p. 57.

pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); e, c) o interesse de provar o fato. Assim, segundo o disposto neste artigo, caberá ao autor o fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor<sup>1</sup>.

Ainda, os autores afirmam que, em primeiro sentido, o ônus da prova é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar. Esse seria o chamado ônus subjetivo ou formal. Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar o ocorrido. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar, afinal, vedado é o *non liquet*; e, um em segundo sentido, o ônus da prova é uma regra de julgamento dirigida ao juiz, que indica como ele deverá julgar, caso não encontre a prova dos fatos, que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito da atividade probatória, suportando uma decisão desfavorável. Seria o ônus da prova objetivo ou formal.

Portanto, não importa quem no curso da instrução produziu as provas carreadas aos autos, se o autor, réu ou juiz; sendo que, uma vez trazidas aos autos elas se desgarram daquele que as produziu, cabendo ao magistrado julgar de acordo com as provas e seu livre convencimento. Mas, se o resultado da instrução for insuficiente para atingir o escopo do processo, restará ao responsável pela produção probatória suportar os prejuízos de sua inexatidão fática, ou seja, deverá suportar as perdas advindas do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável.

A prova é um ônus processual, não é uma obrigação processual; nesta, a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de não o praticando violar a lei; naquela há a faculdade da prova, cuja inação acarretará o prejuízo decorrente de tal ato.

Nesse mesmo sentido, Carnelutti em seu aprofundamento incessante, faz a distinção entre ônus da prova e obrigação. Há obrigação quando a inércia do ônus da prova dá lugar a sanção, ou seja, execução ou pena; entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus<sup>2</sup>.

As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Regras que só devem ser aplicadas subsidiariamente, nos casos em que não foram produzidas provas suficientes para o esclarecimento das alegações

---

<sup>1</sup> - DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2º volume, 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA, Jus Podivm, 2008, pp.72/76.

<sup>2</sup> - CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. Traduzido por Lisa Pari Scarpa. Campinas/SP, Bookseller, 2005, p. 255.

de fato, que são: a) com o juízo de verossimilhança, deixa de existir o motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova *prima facie* ou prova de verossimilhança; b) da mesma forma, quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova – não haverá *non liquet* – e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu livre convencimento<sup>1</sup>.

Carnelutti passa a definir o ônus da prova baseando-se na obrigação do juiz considerando o fato existente ou inexistente se uma das partes não demonstrou ou não ofereceu elementos necessários ao deslinde da causa. Nesse caso, entende que, quem pretende deve provar o fato ou fatos constitutivos, e quem excepciona, o fato ou fatos extintos, assim como a condição ou condições impeditivas. Na dúvida o juiz deve trazer para si as regras do ônus da prova, quando não colocado à sua disposição provas suficientes para formar sua convicção. Pode suceder que o julgamento dependa de um fato importante, muito embora houvesse iniciativas das partes e do juiz, sem obterem êxito, em tal caso possa o juiz eximir-se da obrigação de decidir, pronunciando um *non liquet*, seguindo as regras da prova legal, pertencente ao direito material<sup>2</sup>.

Muito embora o Art. 333 do Código de Processo Civil adote uma concepção estática do ônus da prova, o juiz observará o Art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, no caso da propaganda enganosa, quando determinar que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitária caberá a quem as patrocina. Fredie Didier chama de inversão *ope legis*<sup>3</sup>, pois se trata de redimensionamento das regras do ônus da prova, e que inversão do ônus da prova se aplica quando presente os requisitos do Art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. *A priori* segue as regras do Art. 333 do Código de Processo Civil, mas, no caso concreto se o magistrado entender, considerando as

---

<sup>1</sup> - DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Vol.2, Salvador/BA, Jus Podivm, 2008, p. 75.

<sup>2</sup> - CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil. Traduzido por Lisa Pari Scarpa. 4ª edição. Campinas/SP, Bookseller, 2005, pp. 257/261.

<sup>3</sup> - DIDIER JUNIOR Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição revista, ampliada e atualizada, 2º volume. Salvador/BA, Jus Podivm, 2008, p. 78/89, Costuma-se dividir as normas de inversão do ônus da prova em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*). A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, aprioristicamente, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 333 do CPC. Visível é que não há aí qualquer inversão, mas tão somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC. Por conta disso, é também uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de praticar o art. 333 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

peculiaridades de cada caso concreto, poderá redistribuir o ônus da prova, quando versar nas relações de consumo verossimilhança das alegações ou quando for hipossuficiente.

Para Francesco Carnelutti, o objeto da prova são os fatos e não as afirmações: os fatos se provam enquanto se conhecem; para comprovar as afirmações<sup>1</sup>, ou seja, a confirmação dos fatos, comparando com a aritmética, é a prova dos nove de um resultado.

Importante observar que a percepção é a única via para a prova dos fatos. E, ainda, continua Francesco Carnelutti: “O conhecimento de um fato por parte do juiz não se pode ter sem que o mesmo perceba algo com os próprios sentidos; e para isso é inevitável o contato entre o juiz e a realidade acerca da qual deve julgar”. O que o juiz consegue perceber com os seus próprios sentidos é o fato que deve ser provado. A prova indireta alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico – dedutivo<sup>2</sup>.

Carnelutti faz a seguinte comparação entre prova direta e prova indireta:

O autor pede que sejam derrubadas árvores de tronco alto plantadas no fundo do vizinho à distância menor de três metros da linde; aqui o fato a provar é a situação respectiva das árvores e da linde, com atenção à qual a norma contida no art. 579 do Código Civil protege o interesse de um ou de outro proprietários confinantes; agora: diretamente com os próprios sentidos, ou seja, indo ver, mediante inspeção judicial (art. 271 Código de Processo Civil). Neste caso existe prova direta.

O autor pede a condenação do demandado ao pagamento do preço do cavalo vendido; aqui o fato a provar é o contrato de compra e venda, do qual o art. 1.507 do Código Civil faz depender a obrigação do comprador de pagar o preço; agora: como este fato jurídico é transeunte e passado, não pode ser diretamente percebido pelo juiz, senão que deve ser conhecido por ele mediante a percepção de outro fato, do qual possa deduzir a existência do mesmo com ajuda da experiência: o autor exhibirá o documento ou as testemunhas, e o juiz inferirá da visão daquele ou da audição destes o argumento para considerar que o contrato tenha sido celebrado, porque se não houvesse sido celebrado, não se haveria formado o documento ou não o haveriam narrado as testemunhas. Neste caso media prova indireta.

Para Moacir Amaral Santos<sup>3</sup>, as provas indiretas são as que fornecem ao juiz a ideia objetiva do fato probando: a testemunha narra o fato conforme viu e ouviu: o perito descreve os acidentes do terreno, ou o estado de ruína do prédio: o devedor confessa a dívida; o

---

<sup>1</sup> - CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. Traduzido por Lisa Parti Scarpa. 4ª edição. Traduzida da 2ª edição italiana. Campinas/SP. Bookseller Editora. 2005. p. 68.

<sup>2</sup> - Ibidem, p. 81.

<sup>3</sup> - SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 18ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1997. 2º volume, p.493.

documento, o ato que o constituiu. Todas essas provas destinam-se ao juiz, sem a necessidade de qualquer dedução.

A prova direta fundamenta-se na coincidência ou na divergência do fato a provar e do fato percebido pelo juiz. A prova indireta apresenta a separação entre o objeto da prova e o objeto da percepção. É o resultado de um processo lógico.

Assim, o ônus da prova caberá ao autor, quanto ao fato constitutivo da ação e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. No entanto, havendo partes hipossuficientes, indisponibilidade e representação dos interesses difusos, caberá ao julgador determinar as provas que entende relevantes ao deslinde da questão, como meio de proporcionar a paridade de armas, promovendo assim, o acesso à justiça.

### **2.5.1 Ônus das Partes**

Cada parte arcará com a remuneração do assistente técnico por ela indicado; a do perito judicial será paga por quem houver requerido, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou quem o juiz determinar (Art. 33 do Código de Processo Civil).

O juiz arbitrará honorários provisórios ao perito judicial de sua confiança que nomear, para serem depositados pela parte que requereu a perícia; se, ao concluir o laudo pericial, o perito verificar que os trabalhos por ele efetuados foram onerosos, requererá ao juiz competente o complemento do valor a receber, fundamentando o pedido, que será apreciado pelo juiz.

Se a parte que requereu a perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, o Estado arcará com o custo dela, pois ele prestará assistência jurídica integral e gratuita, que consiste na isenção dos honorários de advogados e peritos (Art. 3º, inc. V, da Lei nº. 1060/50 e Art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal).

O Art. 6º, inc. VII, do Código de Defesa do Consumidor, menciona que o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vista à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegura a proteção jurídica. Nesse diapasão, o inc. VIII do mesmo dispositivo, o juiz, no saneamento do processo, inverterá o ônus da prova, quando for verossímil a alegação, ou quando for ele hipossuficiente, a fim de facilitar a defesa de seus direitos.

Em atendimento a esse princípio constitucional foi editada a Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006, que dispõe, em seu Art. 236, que o Fundo de

Assistência Judiciária, instituído pela Lei nº 4.476/84 e regulamentado pelo Decreto nº 23.703/85, é destinado a custear despesas concernentes à prestação de assistência judiciária gratuita e vincula-se, a partir da promulgação da lei complementar, à Defensoria Pública do Estado, incumbida de gerir os seus recursos.

No entanto, o Conselho Superior da Defensoria Pública, por meio do Art. 1º da Deliberação nº 56, de 11 de janeiro de 2008, pretendeu restringir o direito conferido aos hipossuficientes<sup>1</sup>, no qual o pagamento dos valores referidos serão suportados com recursos do Fundo de Assistência Judiciária - FAJ, independente do valor arbitrado pelo juiz da causa a título de honorários periciais e o levantamento desse numerário implicará quitação e renúncia ao direito de reclamar saldos desta contraprestação.

Ora, tal deliberação colide com a lei complementar estadual e com o próprio espírito da norma da Constituição Federal, pois cria distinção não prevista e afasta o custeio pelo Estado de provas periciais em benefícios de partes que gozem da gratuidade da justiça, mas que estejam patrocinadas por advogados não conveniados. Assim, não pode prevalecer, aliás como já decidido pelo Colendo Tribunal (Agravo Regimental nº 603 243-4/1-01 - São Paulo - Voto nº. 3 671)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - Art. 1º, do Conselho Superior da Defensoria Pública, da Deliberação nº 56, de 11 de janeiro de 2008 dispõe que: “o pagamento de perito indicado para atuar em processo judicial de natureza cível, de competência da Justiça Estadual, em que o ônus da prova pericial tenha sido atribuído à parte que é atendida pela Defensoria Pública do Estado, direta ou indiretamente, por meio de advogado conveniado, será feito com recursos do Fundo de Assistência Judiciária – FAJ, quando houver recursos orçamentários e financeiros disponíveis, até os limites previstos na seguinte tabela: Classe valor da Causa Honorários Classe 1 até R\$ 1.754,46 R\$ 292,36; Classe 2 de R\$ 1.754,47 a R\$ 1.968,42 R\$ 331,42; Classe 3 de R\$ 1.968,43 a R\$ 2.952,63 R\$ 373,08; Classe 4 de R\$ 2.952,64 a R\$ 3.637,31 R\$ 483,90; Classe 5 de R\$ 3.637,32 a R\$ 4.108,02 R\$ 627,58; Classe 6 de R\$ 4.108,03 a R\$ 4.364,76 R\$ 728,40; Classe 7 acima de R\$ 4.364,76 R\$ 882,63. Os valores de que trata este artigo compreendem a totalidade dos honorários e das demais despesas do perito, englobando eventuais ou necessários reparos e emendas aos serviços técnicos apresentados no processo judicial.

<sup>2</sup> - SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 603.243-4/1-01. Agravante: Jefferson Augusto do Carmo e Lucyene Albarello. Agravado: Orlindo Joaquim Marques Martins. 5ª turma. Voto 3671, de 11 de março de 2009 da ministra relatora Christine Santini, vejamos: nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, cabe ao Estado prestar-lhe “assistência jurídica integral e gratuita”. Em atendimento a tal princípio constitucional foi editada a Lei Complementar Estadual nº 988, de 9 de janeiro de 2006, que dispõe, em seu artigo 236, que o Fundo de Assistência Judiciária, instituído pela Lei nº 4.476/84 e regulamentado pelo Decreto nº 23.703/85, é destinado a custear despesas concernentes à prestação de assistência judiciária gratuita e vincula-se, a partir da promulgação da lei complementar, à Defensoria Pública do Estado, incumbida de gerir os seus recursos. Todavia, o Conselho Superior da Defensoria Pública, por meio do artigo 1º da Deliberação nº 56, de 11 de janeiro de 2008, pretendeu restringir o direito conferido aos hipossuficientes ao dispor que: “O pagamento de perito indicado para atuar em processo judicial de natureza cível, de competência da Justiça Estadual, em que o ônus da prova pericial tenha sido atribuído à parte que é atendida pela Defensoria Pública do Estado direta ou indiretamente, por meio de advogado conveniado, será feito com recursos orçamentários e financeiros disponíveis, até os limites previstos na seguinte tabela...”. Ora, tal deliberação colide com a lei complementar estadual e com o próprio espírito da norma da Constituição Federal, pois cria distinção não prevista e afasta o custeio pelo

Assim, caberá ao juízo, a expedição de ofício solicitando o pagamento dos honorários periciais ao referido Fundo de Assistência Judiciária, observados os limites da tabela competente.

O perito não pode trabalhar sem remuneração e o pagamento será efetuado pelas partes ou pelo Fundo de Assistência Judiciária. Caso seja efetuado pelas partes, o honorário será depositado junto à instituição bancária à ordem do juízo, cujo levantamento será liberado após a conclusão do laudo pericial com juros e correção monetária.

Quando, a requerimento da Fazenda Pública ou do Ministério Público, as despesas dos atos processuais serão suportadas, ao final, pelo vencido (Art. 27 do Código de Processo Civil). Nesse diapasão, caberá ao perito concordar ou não com a efetivação da perícia e custear valores para ressarcimento futuro e incerto.

Sobre esse assunto, João Batista Lopes comenta a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que mais de uma oportunidade decidiu que a regra do Art. 27 do Código de Processo Civil só se aplica às causas nas quais as pessoas jurídicas de direito público não são partes:

Em sede doutrinária, escudado em Pontes de Miranda, já tive ensejo de sustentar que a regra do art. 27 se aplica às causas nas quais as pessoas jurídicas de direito público não são partes” (Código de Processo Civil anotado. 5. ed. São Paulo: Saraiva. Art. 27, p. 26). Não se mostra

---

Estado de provas periciais em benefícios de partes que gozem da gratuidade da justiça, mas que estejam patrocinadas por advogados não conveniados. Assim, não pode *prevalecer, aliás como já decidido por este Colendo Tribunal: “Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública não pode nunca colidir com lei. Ela não cria, não adiciona e, muito menos, pode contrariar norma legal. Também não pode distinguir onde a lei não fez. A gratuidade de que goza o assistido não significa exigir-se o pagamento dos custos necessários à realização da prova. Cabe ao Estado arcar com as despesas. Logo, extravasando dita “Deliberação” os limites próprios à preservação do princípio constitucional do dever do Estado prestar aos necessitados a assistência integral e gratuita – Constituição, art. 5º LXXIV, compreendendo a isenção legal os honorários com a realização da perícia, padece de vício de ilegalidade aquela regulamentação para deliberação de verba para pagamento de despesas com perícias judiciais, diante da usurpação do regime jurídico sobre matéria que contrapõe a regra constitucional imperativa.”* (Agravado de Instrumento nº 583.516-4/2-00, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Testa Marchi) “Ementa. Perícia. Justiça Gratuita. Custeio pelo beneficiário da justiça gratuita, ante os termos da deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública. Ilegalidade. Hipótese em que cabe a este Fundo arcar com as despesas da prova pericial. Precedentes. Recurso provido.” (Agravado de Instrumento nº 7.279.438-2, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luis Carlos de Barros) “ASSISTÊNCIA JURÍDICA – Parte beneficiária da assistência jurídica gratuita – Lei nº 1.060/50 – Necessidade de realização da perícia – Honorário do perito fixados em R\$ 1.000,00 – Parte intimada a depositar os honorários – A assistência jurídica é integral e deve abranger a gratuidade da perícia – Inexistência de peritos do Estado – Perito não pode ser obrigado a trabalhar sem remuneração – Lei Complementar Estadual nº 988/06 – Fundo de Assistência Judiciária – Custeio das despesas com a cobertura da perícia cabe à Defensoria Pública – Recurso provido.” (Agravado de Instrumento nº 590.888.4/5-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro). Assim, deverá, na hipótese em exame, ser expedido ofício para a solicitação do pagamento dos honorários periciais ao referido Fundo de Assistência Judiciária, observados os limites da tabela competente. Ass. Relatora Christine Santini. São Paulo, 11 de março de 2009.



admissível entender que tais gastos tenha o perito que os realiza com recursos próprios para afinal ver-se reembolsado pelo vencido. O lógico é que se aplique, em relação a essas despesas, o disposto no art. 19, CPC, ficando a União, quando autora, obrigada a antecipar-lhes o pagamento, isso, é claro, se a providência ou ato que demande custeio tiver sido por ela, União, requerido. Esse, aliás, o entendimento que tem sido adotado por esta Corte no que respeita às despesas de condução do oficial de justiça, sendo exemplificativos a propósito os Recursos Especiais 41.186.6-SP, relator o Sr. Min. Hélio Mosimann, e 40.368-5-SP, relator o Sr. Min. Pádua Ribeiro (ac. Retro indicado, Rel. Min. Sálvio Teixeira).

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>1</sup>, ao analisar as técnicas processuais, conclui que após ter despendido tempo, energia e dinheiro de todos os interessados, juiz, autor e réu, na solução do conflito, a preocupação maior do juiz deve ser com a eliminação do defeito, a fim de que o instrumento possa ser aproveitado.

A perícia é uma espécie de prova bastante onerosa no processo civil, tanto para a parte que a requereu, quanto para o Estado, quando custeado pelo Fundo de Assistência; porém, é de rigor que o juiz indique as razões que o levaram a desprezar o laudo do perito, de acordo com o Art. 436 do Código de Processo Civil, pois o juiz não está adstrito a ele, podendo formar sua convicção com outros elementos constantes nos autos.

## 2.6 Espécies de Prova

O capítulo VI do Código de Processo Civil trata de todos os meios de provas, moralmente legítimos e hábeis para provar a verdade dos fatos. No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) como ato de provar; a prova do fato cabe a quem alega; b) meio de prova propriamente dito, ou seja, técnicas desenvolvidas para se extrair a prova onde ela jorra, fala-se em prova testemunhal, pericial, documental, depoimento pessoal, confissão, exibição de documentos ou coisas, e inspeção judicial; c) para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. São Paulo. Malheiros Editores. 2006. p. 105.

<sup>2</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição. Salvador/BA. Editora Podivm. 2008. 2º volume, p. 44.

Para Luiz Rodrigues Wambier, meios de prova são as diversas modalidades pelas quais a constatação sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos chega até o juiz. Podem ser diretos (inspeção judicial, fatos notórios) ou indiretos (documentos, testemunhas)<sup>1</sup>.

Não há hierarquia entre os meios de prova, como regra geral, pois o sistema pátrio adota o princípio do livre convencimento motivado pelo juiz (Art. 131). Isso quer dizer que não há prevalência de um meio sobre outro, podendo o juiz chegar à solução da lide com base nesta ou naquela prova, independente do meio, desde que fundamente a sua decisão<sup>2</sup>.

Porém, são também admitidos meios atípicos de prova, ou seja, não tipificados expressamente na lei, permitam ao juiz a constatação da existência ou inexistência de fatos. Para tanto, basta que tais meios atípicos não sejam ilícitos nem moralmente inadmissíveis (Art. 332 do Código de Processo Civil e Art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal)<sup>3</sup>.

No entanto, há exceções para a isonomia dos meios de prova. É a denominada prova legal, prevista no Art. 366 do Código de Processo Civil, que dispõe que nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir a falta de instrumento público, quando este for da substância do ato. O Código Civil estabelece a forma que o ato deve seguir para que ele tenha validade. Exemplo: Art. 104, inc. III e Art. 166, inc. IV.

No mesmo entendimento de prova legal, Francesco Carnelutti<sup>4</sup> pronuncia que, quando a regra de experiência para a apreciação das provas é imposta ao ofício, de tal maneira que não se deixa em liberdade de eleição, nos encontramos diante da prova legal; quando o fim do sistema da prova legal consistir em prevenir ou em reprimir o litígio sem a necessidade de processo.

Tudo quanto possa servir de provas direta ou indiretamente para demonstrar a verdade que se busca no processo. No processo penal vigora o princípio da verdade real. A seguir, relacionamos os tipos de provas de maior importância no processo civil. São elas: testemunhal e documental, sem exceção de outros e a pericial, objeto do presente trabalho que será abordado no capítulo seguinte.

---

<sup>1</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil V.1. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT, 2006, p. 392.

<sup>2</sup> - Ibidem, p. 393.

<sup>3</sup> - Idem, p. 393.

<sup>4</sup> - CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil. Traduzido por Lisa Pari Scarpa. 4ª edição. Traduzido da 2ª edição italiana. Campinas/SP, Editora Bookseller, 2005, p. 252/253. Comenta o autor: Quem pode apoiar-se na confissão extrajudicial a ele feita pelo adversário, não acredita ter necessidade de mais para obter a declaração judicial. "a prova legal constitui uma das soldaduras entre o Direito material e o processual.

### 2.6.1 Prova Testemunhal

Para que os acontecimentos vividos possam ser reconstituídos o mais próximo possível da realidade, o julgador pode contar com a colaboração daqueles que, de alguma forma, conheceram os fatos, sejam eles testemunhas presenciais ou não, técnicos e auxiliares do juízo, que têm os conhecimentos específicos para compreender os fatos, mas também pelos procuradores das partes e pelos juristas, os quais são aqueles que sabem expressar racionalmente as pretensões e defesas delas<sup>1</sup>.

A prova testemunhal é sempre admissível<sup>2</sup>. No entanto, o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documentos ou confissão de fato; que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados<sup>3</sup>.

E, ainda, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo em que foram celebrados<sup>4</sup>. Ou ainda, qualquer que seja o valor do contrato, admite-se a prova testemunhal, quando houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; ou ainda, o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos, como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel<sup>5</sup>.

Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas<sup>6</sup>. Incapazes são aquelas que, em razão de deficiência mental ou física ou por causa da idade, não têm condições de discernir adequadamente os fatos. Impedidas são as que, por vínculo de parentesco ou afinidade pela posição em que se acham em relação ao processo, não podem depor com imparcialidade ou isenção de ânimo. Suspeitas são as condenadas por crime de falso testemunho, cuja sentença transitou em julgado, com relação aos costumes, o inimigo capital ou amigo íntimo. Nesses casos, caso seja estritamente necessário a oitiva dessas testemunhas, o juiz lhes atribuirá o valor que possa merecer.

---

<sup>1</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil – Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001. Volume 3, p. 51.

<sup>2</sup> - Art. 400, do código de processo civil – “A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I – já provados por documento ou confissão da parte; II – que só por documento puderem ser provados”.

<sup>3</sup> - Idem.

<sup>4</sup> - Art. 401, do Código de Processo Civil – “A prova exclusivamente testemunhal só se admite os contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

<sup>5</sup> - Art. 402, do Código de Processo Civil.

<sup>6</sup> - Art. 405, do Código de Processo Civil.

## 2.6.2 Prova Documental

Conceitua-se documento como sendo uma coisa que, por força de uma atividade humana é capaz de representar um fato<sup>1</sup>. Em outras palavras, é toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que tenham aptidão para transmitir ideias ou demonstrar a ocorrência de fatos. A palavra símbolo é ampla, alcançando “letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens ou sons gravados e registros magnéticos em geral<sup>2</sup>”.

O Art. 232 do Código de Processo Penal define documento como sendo quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Para Fernando Capez<sup>3</sup>: documentos compreendem não só os escritos, mas também qualquer forma corporificada de expressão do sentimento ou pensamento humano, tais como a fotografia, filmagem, a gravação, a pintura, o desenho, etc.. Instrumentos são os escritos confeccionados já com a finalidade de provar determinados fatos. Papéis são os escritos não produzidos com o fim determinado de provar um fato, mas que, eventualmente, podem servir como prova.

João Batista Lopes<sup>4</sup> afirma que: documento é toda representação de um fato ou de um ato; declaração consiste no ato de vontade que pode ou não constar em um documento; e, instrumento é uma espécie de documento constituído com a intenção deliberada de fazer prova no futuro.

Em razão da complexidade da vida moderna, passou-se a exigir uma preocupação maior com a relação às seguranças jurídicas, motivos pelos quais a prova documental tem ocupado um lugar de destaque nos sistemas processuais. A prova documental é sempre admissível, não dispondo à lei de modo diverso.

Compete à parte instruir a petição inicial ou a resposta com os documentos destinados a provar-lhe as alegações<sup>5</sup>, bem como é lícito, em qualquer tempo, juntar aos autos, documentos novos, quando destinados a fazer prova dos fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los dos que foram produzidos nos autos<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> - CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. 4ª edição. Campinas, Bookseller, 2005, p. 190.

<sup>2</sup> - DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 2º vol. 2ª edição, Salvador, Podivm, 2008, p. 131.

<sup>3</sup> - CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 14ª edição. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 352.

<sup>4</sup> - LOPES, João Batista. A prova no direito Processual Civil. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. p.112.

<sup>5</sup> - Art. 396, do Código de Processo Civil.

<sup>6</sup> - Art. 307, do Código de Processo Civil.

O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos provados por documento<sup>1</sup>; assim, em princípio, a prova documental possui maior credibilidade que a prova testemunhal.

De acordo com o Art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal, nenhum documento, ou qualquer outro meio de prova, obtido ilicitamente pode ser admitido em juízo, bem como o Juiz não pode admitir a juntada de cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos (*caput* do Art. 233 do Código de Processo Penal).

A prova documental é um instrumento através do qual se pode expressar a verdade dos fatos mediante a inserção de letras ou símbolos que, carreada aos autos, será apreciada pelo juízo da causa, para formação da sua convicção.

Vale lembrar que o perito, ao desempenhar sua função, poderá utilizar-se de todos os meios necessários para realização de seu trabalho, tais como: ouvir testemunhas, obter informações, solicitar documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças (Art. 429 do Código de Processo Civil). Portanto, podemos considerar de grande relevância a participação do perito no processo, mesmo porque ele servirá de fonte indireta de informação para o juiz, quando, por algum motivo, uma parte deixar de apresentar uma prova de grande valia para o processo, o perito poderá trazê-la, auxiliando o juiz a decidir a causa com justiça e integridade.

### **2.6.3 Prova Emprestada**

É aquela produzida em determinado processo e a ele destinada, depois transportada, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticatório, para produzir efeito como prova em outro processo. Embora originariamente possa ser testemunhal ou pericial, no momento em que é transportada para o novo processo, passa a constituir mera prova documental<sup>2</sup>; entendimento este previsto no Art. 131, 1ª parte, do Código de Processo Civil, que garante ao juiz a apreciação livre da prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

---

<sup>1</sup> - Art. 400, do Código de Processo Civil.

<sup>2</sup> - CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 313.

João Batista Lopes<sup>1</sup> entende que essa liberdade não é absoluta, já que a própria lei estabelece que o juiz deva atender aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, não podendo socorrer-se de provas produzidas fora deles.

No entanto, a doutrina tem sido firme no sentido da admissibilidade dessa prova. Continua o autor citando, como exemplo, a prova pericial, desde que preenchidos alguns requisitos: é necessário que a prova emprestada tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes; que, no processo anterior, tenha sido observado o princípio do contraditório; que não seja possível a reprodução ou renovação da prova<sup>2</sup> e, por último, que a admissibilidade da prova emprestada fique condicionada a serem idênticos os fatos provados e probandos.

Para Fredie Didier Júnior<sup>3</sup>, com relação à aceitabilidade da prova pericial, é plenamente admissível a importação da prova alhures produzida.

Vejamos a posição do Superior Tribunal de Justiça, em 01/10/2009, que confirma a paternidade de filho de empresário após 66 anos do nascimento, voto da Ministra relatora Nancy Andrichi tendo como pressuposto a dignidade da pessoa humana:

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso especial dos demais herdeiros do falecido, irmãos do investigante, que, após recusa injustificada durante anos para a realização do teste do DNA, pretendiam que o processo fosse transformado em diligência para finalmente ser realizado o teste de comprovação. Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça manteve a sentença. A prova emprestada, recebida como prova documental, foi analisada conjuntamente, tanto em 1º como em 2º grau de jurisdição, com “outros elementos fáticos e probatórios condicionantes do juízo de convencimento e conseqüente conclusão do julgado”, o que não pode ser revisado em recurso especial, por se tratar de matéria de provas de fatos.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. P. 64. – e ainda cita o autor: Suponha-se que, numa ação possessória, pretenda a parte valer-se de elementos constantes de laudo pericial ofertado em outro processo (por exemplo, levantamento topográfico, plantas, croquis, etc.).

<sup>2</sup> - Idem, p. 64, nesse caso o autor cita como exemplo a impossibilidade de inquirir testemunha já ouvida em processo anterior, em razão de seu falecimento.

<sup>3</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição. Salvador/BA. Editora Podivm. 2008. 2º volume. p. 52.

<sup>4</sup> - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. STJ confirma paternidade de filho de empresário de Sergipe após 66 anos do nascimento. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 01 de outubro de 2010. Portal do Superior Tribunal de Justiça, [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/objeto/texto/](http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/).

No entendimento da primeira turma do mesmo Tribunal, tivemos posição contrária em 08/01/2010, ao reintegrar um juiz aposentado no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil do Espírito Santo, que foi rejeitado por falta de idoneidade moral. Os ministros entenderam que não houve condenação por nenhum crime. A negativa da OAB foi embasada em prova emprestada de processo administrativo disciplinar a que foi submetido o juiz, quando exercia a função de magistrado no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, porém o mesmo requereu aposentadoria voluntária um dia após o ato; portanto, o Ministro relator Luiz Fux observou que um processo administrativo não tem legalidade para definir uma conduta como crime ou não, não tendo o demandante sido condenado pelo “crime infamante” condição para declaração de idoneidade moral, como determina o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>1</sup>.

A prova pericial emprestada, que no novo processo terá valor como prova documental, promoverá economia e celeridade processual, cabendo ao julgador analisá-la e valorá-la de acordo com os critérios estabelecidos nas normas pertinentes.

## 2.7 Valoração da Prova

O órgão jurisdicional assume uma posição passiva com relação à prova pericial, limitando-se a nomear peritos e aguardar os resultados dos trabalhos dos expertos, objetivando muitas das vezes evitar o cerceamento de defesa às partes.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior<sup>2</sup> faz o seguinte comentário com relação ao juiz e à perícia: “O ideal seria que o magistrado assumisse uma postura mais enérgica e atuante, definindo um roteiro para a realização da perícia, bem como acompanhando seu cumprimento. Deveria dirigir, com pulso e firmeza, cada passo da perícia”. E, ainda, continua o autor:

“Tratando-se de um ideal praticamente inatingível, ante a nossa realidade de juízos assoberbados de serviço, o juiz deve, ao menos, depois de nomear o perito, formular os quesitos do juízo e indeferir os quesitos impertinentes das partes (art. 426, CPC). É o mínimo que pode fazer para garantir a qualidade e eficácia da prova pericial”.

---

<sup>1</sup> - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Recorrente: Haddad Sobrinho. Recorrido: OAB/ES. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 08 de janeiro de 2010. [HTTP://www.stj.gov.br/portal\\_stj/objeto/texto](http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto).

<sup>2</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 2ª edição. Salvador/BA. Editora Jus Podivm. 2008, p. 222.

Sidnei Agostinho Beneti<sup>1</sup> faz o seguinte comentário sobre a importância da perícia: “A perícia é praticamente a mãe da questão fática”. E, ainda, com relação aos funcionários do cartório, leva-se em consideração que há uma dedicação pessoal do magistrado em fazer andar os processos, também são chamados de *longa manus* do juiz:

Na verdade, todos são o próprio juiz; não só o oficial de justiça, chamado de “juiz na rua”, mas também o escrevente, é, em muitos momentos, o juiz. Todos desempenham funções auxiliares que, no início das civilizações que floresceram para o Direito, eram executadas pelo próprio juiz: alguém levava tudo o que dispunha como prova para o juiz, todos os documentos, fossem papiros, pranchas com escrita cuneiforme etc.; tudo aquilo que levava para o juiz, que ficava com tudo, examinava, julgava. (...) surgiu então a necessidade de pessoas preparadas para esse trabalho. Todos os funcionários são *longa manus* do juiz.

E, ainda, continua o autor<sup>2</sup>, relatando a experiência profissional a respeito da importância da prova pericial para a aplicação da tutela jurisdicional de forma justa, podendo o juiz manter a iniciativa no andamento do processo por intermédio da determinação da prova necessária, autorizado pelo Art. 130 do Código de Processo Civil, atribuindo às partes o ônus de provar algum ponto, alertando-as para necessidade de trazer a prova decisiva e possível, sob pena de, não a trazendo, a omissão acarretar desequilíbrio do embate probatório em seu desfavor, vejamos:

Lembro-me de que certa vez tive de julgar uma desapropriação indireta muito difícil. A desapropriação direta geralmente não é difícil de julgar, embora já de maior relevância patrimonial. A indireta, ao contrário, pode ser autêntica ação reivindicatória. No caso se tratava de saber se o título levado ao processo cabia no chão, cujas características, até mesmo quanto a dois riachos, não eram mais as do tempo do alegado desapossamento. Acabei convertendo o julgamento em diligência, mandando que trouxessem uma planta da região e determinei que o perito cotejasse com papel transparente o mapa daquele título que estavam trazendo, de tal forma que me permitisse ver através dos mapas se tratava de um título “voador” que não poderia aterrissar em lugar nenhum do solo da comarca ou se o espaço estava reservado para ele no chão. O embate probatório e os ônus que atribuí às partes me ajudaram muito a extrair conclusões que arrimaram a sentença. Tenho certeza de que sem essa providência a sentença jamais poderia ser proferida, pois não haveria como vencer o impasse probatório.

---

<sup>1</sup> - BENETI, Sidnei Agostinho. Da Conduta do Juiz. São Paulo. Editora Saraiva. 2000, p. 63.

<sup>2</sup> - Ibidem, pp. 17 e 18.



Levando-se em consideração o profissional envolvido no processo como auxiliar da justiça e de confiança do juiz pelo seu conhecimento técnico/científico na matéria apresentada, o trabalho por ele elaborado poderá ser levado em conta dentro de um conjunto probatório, que requer a participação do juiz, na formulação de quesitos pertinentes à matéria, para que se obtenha um resultado satisfatório, levando-se em conta que o juiz é o principal destinatário da prova, motivo pelo qual há o inconformismo da exclusão total da prova pericial.

## **2.8 Provas Proibidas. Provas Ilícitas, Ilegítimas e Ilícitas por Derivação**

Às partes cabe o ônus de produzir as provas, na exata medida dos interesses que estejam a defender na causa; é precisamente com vistas ao exercício dessa atividade que assume especial importância o princípio da liceidade dos meios de prova.

O Art. 332 do Código de Processo Civil menciona qual o tipo de prova admitido no processo: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa”.

Provas proibidas, também chamadas provas defesas, vedadas ou ilegais, comportam três espécies: ilícitas, ilegítimas e ilícitas por derivação.

A Constituição Federal expressamente veda a utilização de provas ilícitas no processo civil ou penal, conforme norma contida no Art. 5º, inc. LVI. *In verbis*:

Art. 5º, *omissis*

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema das provas ilícitas era apenas abordado em construções doutrinárias e jurisprudenciais, como os seguintes temas conflitantes: segurança social - liberdade, punição dos culpados - inviolabilidade do domicílio, direito à prova - privacidade<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Prova Ilícitas. Interpretações Telefônicas e Gravações Clandestinas. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1995, p. 18.

Com a regulamentação básica da matéria dada pela Constituição Federal de 1988 serão apresentadas novas tendências e perspectivas, com a devida utilização do princípio da proporcionalidade, tendo como norte o inexaurível paralelismo entre processo e constituição.

João Batista Lopes<sup>1</sup> classifica provas ilícitas em sentido lato e em sentido restrito: aquele, abrange não só as provas contrárias à Constituição, como também às leis ordinárias e aos bons costumes; este, refere-se às provas que ofendam disposições legais e constitucionais. Também menciona que Nuvolone, p. 96, considera ilícitas as provas que vulneram normas de direito material, e ilegítimas as que ofendam disposições de caráter processual.

Segundo Franzé<sup>2</sup>, as provas ilícitas e ilegítimas devem ser vistas como espécies do gênero provas ilegais. As provas ilícitas violam o direito material e não podem ser repetidas, pois não há como sanar a ilegalidade, já que esta ocorre na origem da produção da prova. E as ilegítimas ofendem o direito processual, podendo tornar-se legítimas se o vício for sanado.

O juiz não pode levar em consideração uma prova ilícita, seja nas sentenças/acórdãos, seja nos despachos ou no momento de inquirir testemunhas, embora convenha deixá-la nos autos, a fim de que a todo o momento a parte prejudicada possa tomá-la em consideração para vigiar o convencimento do juiz.

Portanto, o princípio em comento prevê a inadmissibilidade da utilização de provas, no processo civil ou penal, obtidas por meios ilícitos ou moralmente ilegítimos, conforme dispõe o Art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal e Art. 332 do Código de Processo Civil.

A prova ilegítima é aquela cuja produção estaria ferindo normas de direito processual. Assim veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (Art. 207 do Código de Processo Penal); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (Art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção

---

<sup>1</sup> - LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p. 95/96.

<sup>2</sup> - FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. Prova Ilícita Frente à Dignidade da Pessoa Humana, in: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Ednilson Donisete (Coords). Gramática dos Direitos Fundamentais; a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro. Editora Elsevier, 2009, p. 105.

da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.

Na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este<sup>1</sup>.

Quanto às provas ilícitas por derivação, aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito são também repelidas pela doutrina e jurisprudência. Ex. documento apreendido em domicílio, em diligência de busca e apreensão sem prévia ordem judicial, confissão extorquida mediante tortura e interceptação telefônica clandestina. Nosso Código de Processo Penal não autoriza outra conclusão, ao dispor: “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam, ou seja, consequência” (Código de Processo Penal, Art. 573, § 1º). (in Capez, Fernando. Curso de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.33).

As provas ilícitas, diretamente ou por derivação, e as ilegítimas poderão, excepcionalmente, serem aceitas no processo, por adoção ao princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes. Princípio esse largamente adotado na jurisprudência alemã do pós-guerra. Chega-se, portanto, ao princípio da *Guterund Interessenabwägung* – princípio do balanceamento dos interesses e dos valores. Nos Estados Unidos, tal princípio foi chamado de razoabilidade, expressão equivalente à proporcionalidade do Direito alemão. O princípio da proporcionalidade *pro reo* é praticamente unânime na doutrina Alemã, comenta Avolio<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas – Interpretações Telefônicas e Gravações Clandestinas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1995. Avolio comenta Ada Pellegrini Grinover, p. 40.

<sup>2</sup> - Ibidem, Luiz Francisco Torquato Avolio, na p. 61/62 que diz: “Foi na Alemanha, no período pós-II Guerra Mundial, que, rompendo-se, juntamente com outros países, como o Japão, com a ancestral traição da Civil Law, se reuniram condições para um expressivo desdobramento da doutrina das liberdades públicas, contempladas nos artigos 1 e 2 da lei fundamental. Já se partia da superação da dicotomia *substance-procedure*, pela jurisprudência alemã, no reconhecimento de que a vedação probatória dessumida dos preceitos constitucionais representava, ao menos em princípio, a “sanção processual” de um ilícito praticado sob o plano “substancial”. Vale dizer: já se pressupunha a existência de ofensa a valores garantidos pela *lex superior*. Tratava-se de precisar, contudo, qual seria o “bem jurídico” que se pretendia tutelar, e, dentro de quais limites se operaria a proteção dispensada. Por outro lado, a jurisprudência alemã, além de aplicar certas causas de justificação expressamente previstas sob o plano substancial, como a legítima defesa e o estado de necessidade, admite exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilizabilidade) das provas formadas ou obtidas “inconstitucionalmente”, quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela. Chega-se, portanto, ao princípio da *Güter-und Interessenabwägung* ( ou seja, o princípio do “balanceamento dos interesses e dos valores”) e, reflexamente, ao *Verhältnismässigkeitsprinzip* (ou seja, o princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida).

No entanto, Fernando Capez<sup>1</sup> diz que: o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, como na situação de uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional. A tendência, entretanto, da doutrina e da jurisprudência, é a de aceitar somente a proporcionalidade *pro reo*.

Nesse sentido, um dos meios para equacionar os conflitos entre o interesse público e o particular leva em consideração: a adequação, a medida justa para que o jurisdicionado atinja o fim perseguido; necessidade, para que fique evidenciado que, sem a medida postulada, não será possível a obtenção do fim perseguido e, por fim, a proporcionalidade, a medida deve ser dada em favor do maior valor em conflito, ou seja, o interesse público sobre o interesse particular<sup>2</sup>.

Entende-se que as provas ilícitas, ilegítimas e ilícitas por derivação poderão ser usadas no processo, levando-se em consideração os valores em conflitos e atendendo ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais, mas deve o juiz, diante de seu livre convencimento, sempre julgar, com vistas à dignidade da pessoa humana.

## **2.9 Aplicação da Prova Pericial em Outras Searas Processuais**

### **2.9.1 No processo do Trabalho**

No Processo do Trabalho, do mesmo modo aos processos dos demais ramos do Direito, há necessidade da instrução processual, na qual irá se desenvolver as provas para o convencimento do juiz, esclarecendo-se que no processo do trabalho são admissíveis todos os meios de provas, desde que legítimas e lícitas, embora haja a prevalência da prova oral nas causas trabalhistas, outras também são comuns<sup>3</sup>.

As provas no processo do Trabalho submetem-se a alguns princípios, a saber: a) Princípio da necessidade da prova: caso as partes necessitem provar suas alegações,

---

<sup>1</sup> - CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007, p. 308

<sup>2</sup> - FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. Prova Ilícita Frente à Dignidade da Pessoa Humana, *in*: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Ednilson Donisete (Coords). Gramática dos Direitos Fundamentais: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro. Editora Elsevier, p; 95/96.

<sup>3</sup> - MORAIS, Michele Nogueira. Prática de Processo de Trabalho. 1ª edição. São Paulo, Cautela, 2006, p. 51

deverão requerer ao juiz alegando que a prova deve servir de base para sentença, ou seja, o juiz deve julgar de acordo com a alegação e a prova exteriorizada nos autos; b) Princípio do Contraditório: este princípio está previsto no Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, em que as partes terão igualdade de oportunidade para apresentar as provas nos momentos processuais oportunos; c) Princípio da unidade da prova: as provas não poderão ser analisadas individualmente, mas sim, em conjunto formando uma só unidade; d) Princípio da lealdade ou probidade da prova: este princípio encontra amparo no Art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal, que determina que deva agir com lealdade na produção das provas, não admitindo provas ilegítimas ou ilícitas, como também falsas realidades; e) Princípio da igualdade de oportunidade de prova: a produção da prova deverá ocorrer no momento oportuno, garantindo às partes idêntica oportunidade para requerer a realização da prova; f) Princípio da legalidade: não poderá ser produzida de outra forma, a não ser a forma específica prevista na lei; g) Princípio da imediação: o juiz tem a direção do processo e as provas a serem produzidas pelas partes; h) Princípio da oralidade: conforme preceitua o Art. 845 da Consolidação das Leis do Trabalho, as provas devem ser realizadas preferencialmente na audiência de instrução e julgamento; i) Princípio da obrigatoriedade da prova: as provas não são só de interesse das partes, mas também do Estado, que tem como objetivo o esclarecimento da verdade, podendo o juiz determinar a produção de provas que entender necessário ao deslinde da causa; j) Princípio da aptidão para a prova: quando a parte que tem melhores condições de fazer a prova, esta o fará, por ter melhor acesso a ela ou por ser inacessível à parte contrária<sup>1</sup>.

Segundo o Art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse. Entretanto, ao juiz é dado, caso o julgue necessário, tomar a iniciativa de procurar novos meios de certeza, mesmo que não requeridos pelas partes<sup>2</sup>.

Michele Nogueira Morais<sup>3</sup> diz que o Art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho deve ser complementado pelo Art. 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor.

---

<sup>1</sup> - MORAIS, Michele Nogueira. Prática de Processo de Trabalho. 1ª edição. São Paulo, Cautela, 2006, pp. 51/52.

<sup>2</sup> - CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 27ª edição atualizada e ampliada por Eduardo Carrion, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 602.

<sup>3</sup> - MORAIS, Michele Nogueira. Prática de Processo de Trabalho. 1ª edição, São Paulo, Cautela, 2006, p. 53.

A Consolidação das Leis Trabalhistas estatui em seu Art. 818 que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, consagrando o mesmo critério adotado pelo Código de Processo Civil, não se podendo falar em aplicação subsidiária do diploma processual civil, por não ser a norma processual trabalhista omissa quanto à matéria.

Nesse nível, caberia a cada parte comprovar as alegações formuladas nas peças processuais, mesmo que a relação processual seja perante a justiça do trabalho, na qual é clara a desigualdade verificada entre o reclamante e o reclamado (empregado e empregador).

Embora semelhante a regra aplicada do Art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho no processo do trabalho, com a norma do Código de Processo Civil, não ocasiona as mesmas consequências para as partes no processo civil levando-se em consideração a fragilidade do empregado nas relações empregatícias, invertendo o ônus da prova prevalecendo o princípio isonômico constitucional<sup>1</sup>. As regras de exceção do Art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho é de fundamental importância no processo do trabalho e que a Administração utilize o melhor de sua técnica para atingir o bem comum e a dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>, criando facilidade para que o empregado se coloque em pé de igualdade no processo trabalhista.

No processo trabalhista, não se admite a contestação por negativa geral, o réu deve responder de maneira precisa, e não limitada a uma defesa genérica. O juiz deve indeferir prova pericial quando desnecessária. Somente deve ser realizada quando obrigatória (insalubridade ou periculosidade) ou nos casos em que sua conclusão seja fundamental. O poder de direção do processo conferido ao Magistrado, faculta-lhe indeferir diligências

---

<sup>1</sup> - Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho preleciona que: I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. Também caberá ao empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (súmula 68 do TST); o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negadas a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (súmula 212 do TST). Alegando o autor na Reclamatória, a existência de diferença de depósito do FGTS, compete à Reclamada comprovar o adimplemento de obrigação do empregador, vez que, a exatidão das parcelas fundiárias depositadas é ônus de quem detém documentos pertinentes, por ter a obrigação de efetuar-las (TST, RR 205.314/95.7, Moacyr Roberto Tesch Auersvald, Ac. 2ª T. 1.160/97).

<sup>2</sup> - COSTA, Ilton Garcia da. Proteção do homem na Previdência Privada, in SOUZA, Carlos Aurélio Mora de (Coord.). Responsabilidade Social das Empresas. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 140.

inúteis, inclusive oitiva do perito em audiência (Art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho e Art. 130 do Código de Processo Civil)<sup>1</sup>.

A prova pericial no processo trabalhista é regulada no Código de Processo Civil nos Arts. 420 a 439.

No entanto, se arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado a cargo de Médico do trabalho ou Engenheiro do trabalho, ou, se não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho (Art. 195, § 2º, Consolidação das Leis do Trabalho). Nesse caso, a norma legal foi beneficentemente elástica ao atribuir simultaneamente ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo a competência para a determinação de elaboração do laudo. As circunstâncias mais propícias de cada hipótese e de cada região precipitarão a atividade desta ou daquela autoridade<sup>2</sup>.

## **2.9.2 No Processo Penal**

Conforme preceitua o Art. 159 do Código de Processo Penal, o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame; os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico (Art. 159, § 3º, Código de Processo Penal), como colaboradores para exercer juízo crítico e oferecer sugestões à perícia oficial, visando a esclarecer ou complementar o laudo oficial<sup>3</sup>.

Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres

---

<sup>1</sup> - CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 27ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 603/604.

<sup>2</sup> - Idem, p. 196.

<sup>3</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo penal. 14ª edição. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 321/322.

em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

E, se a perícia for complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Fernando Capez<sup>1</sup> aborda várias espécies de perícia a saber: a) perícia “*percipiendi*”: quando o perito se limita a abordar as percepções colhidas, apenas descrevendo de forma técnica o objeto examinado, sem proceder a uma análise valorativa ou conclusiva; b) perícia *deducendi*: quando o perito é chamado para interpretar ou apreciar cientificamente um fato; c) perícia *intrínseca*: toda vez que tiver por objeto a materialidade da infração penal. Ex. necropsia; d) perícia *extrínseca*: quando o objeto a ser periciado são elementos externos ao crime que servem como meio de prova, mas que não compõem a sua materialidade. Ex. exame dos móveis destruídos pelo agente, antes de matar a vítima; e) perícia *vinculatória*: quando o juiz está restrito ao laudo pericial, sem margens para impor qualquer juízo de valor; f) perícia liberatória: neste, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo aceitar ou não (princípio do livre convencimento motivado), adotado tanto no processo penal (Art. 182), quanto no processo civil (Art. 436); g) *perícia oficial*: elaborada por um técnico ou profissional servidor público contratado pela Administração direta para tal mister; e h) perícia *não oficial*: efetuada por peritos particulares, quando não existirem no local peritos oficiais.

E, ainda, continua o autor, no procedimento do Tribunal do Júri, os jurados não estão vinculados ao laudo pericial, podendo, inclusive, recusá-lo.

No entanto, o juiz tem o dever de investigar como os fatos ocorreram na realidade (princípio da verdade real), não se conformando com a verdade formal constante dos autos. Desse modo, o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes (Art. 156 do Código de Processo Penal). Tal princípio é aplicável apenas ao processo penal, pois, no processo civil, o juiz pode se conformar com a verdade formal carregada aos autos pelas partes, mesmo podendo determinar a produção de provas no processo, Art. 130 do Código de Processo Civil.

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo. Saraiva, 2007, pp. 321/322.



## CAPÍTULO III – ATUAÇÃO DO JUIZ FRENTE À PROVA PERICIAL NA ATUALIDADE

### 3.1 Conceito e Generalidades da Prova Pericial

Em algumas situações, a perícia é de rigor, mormente quando fatos envolvidos na causa exigem conhecimento técnico e científico especializados dos quais o juiz não dispõe. Assim, o juiz nomeará perito para elaborar laudo pericial para elucidar os pontos controvertidos para o deslinde da causa, visando sempre um processo justo que é o objetivo daquele que não podendo praticar a justiça com as próprias mãos, busca o órgão jurisdicional para que lhe dê a proteção adequada na busca de seu ideal de justiça.

Diante disso, passamos a conceituar prova pericial a começar pelos ensinamentos de Fredie Didier Júnior e outros, como sendo: aquela, cuja finalidade é fornecer subsídio para a elucidação de um determinado fato, produzida por perito competente, especialista em um determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deverá registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial, o qual poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos<sup>1</sup>.

Para Luiz Rodrigues Wambier, “denomina-se perícia o meio de prova destinado a esclarecer o juiz sobre circunstâncias relativas aos fatos conflituosos, que envolvem conhecimentos técnicos ou científicos”<sup>2</sup>.

Considerando-se que a norma jurídica atua concretamente nas diferentes relações, tais como as negociais, familiares, do particular com o Poder Público e outras, independentemente da função jurisdicional do Estado, isto é, em função da mera obediência aos comandos normativos envolvidos em determinada relação jurídica; caso em que, ocorrendo resistência ao cumprimento em determinada obrigação por um dos envolvidos, à outra resta o caminho da atividade jurisdicional, voltada, em sentido amplo, a fazer valer o comando normativo desrespeitado<sup>3</sup>.

Nesse contexto, diante da necessidade da atuação dos órgãos da jurisdição, as partes se servirão do processo para buscar um provimento que garanta a seu favor, a aplicação da

---

<sup>1</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição. Salvador, Bahia, Podivm, 2º volume, 2008, p. 207.

<sup>2</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil V. 1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT. 2006, p. 441.

<sup>3</sup> - Idem, p. 391.

norma jurídica material. Para que isso ocorra, é necessário que o magistrado tenha conhecimento dos fatos por meio de “prova”, para formar seu convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão<sup>1</sup>.

Esse instituto processual, o processo, regulado pelas normas a ele inerentes<sup>2</sup>, como método de composição dos litígios, é em que a parte se servirá para buscar a tutela estatal; o Estado cria normas jurídicas, que formam o direito processual, também denominado formal ou instrumental, para servir de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito material ou substancial, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob a forma de lide<sup>3</sup>.

Dentro dessa regularização do processo está inserido o princípio da verdade real, no qual o Juiz apreciará livremente a prova, atentando aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, podendo ainda considerar fatos não alegados pelas partes, quando deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento<sup>4</sup>. Não quer dizer que o juiz possa ser arbitrário, pois a finalidade do processo é a busca da verdade dos fatos, o que será atingido mediante uma análise criteriosa do conjunto probatório carreado aos autos.

Esses elementos comprobatórios se dão em algumas situações, sobretudo na investigação de fatos relativos à causa, fator que exige conhecimentos técnicos especializados, os quais não necessariamente são de conhecimento do juiz. Se o juiz, por coincidência, estudou o ramo da ciência necessário para entender o ponto controvertido, mesmo assim deve deferir a perícia, porque sua realização servirá para esclarecer às partes a matéria em discussão, como forma de criar segurança também para as partes e não apenas a ele julgador, a respeito da verdade dos fatos<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1, 8ª edição. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, RT, 2006, p. 392.

<sup>2</sup> - Idem, p. 392. O autor faz ainda a seguinte observação ao dizer que a produção da prova ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais, e, embora o Código Civil tenha tangencialmente cuidado da matéria, como, por exemplo, quando prevê que a prova do pagamento é a quitação. Mas é de todo evidente que essa prova só adquire integral relevância jurídica, e autoridade de intervir na esfera de disponibilidade do ser humano, quando a dívida é questionada em juízo e a sentença afirma ser ou não a quitação válida, mediante a prova que tenha sido produzida.

<sup>3</sup> - TEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. Rio de Janeiro. Revista Forense. 1999, p. 5 e 6.

<sup>4</sup> - Art. 131 do Código de Processo Civil.

<sup>5</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil V.1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT, 2006, p. 441.

Ao encontro desse entendimento, Eduardo Cambi comenta sobre a conquista do Estado Democrático de Direito, que possibilita às partes meios idôneos para comprovarem seus direitos sobre fatos alegados. Vejamos<sup>1</sup>:

O direito à prova é uma conquista do Estado Democrático de Direito que pretende aproximar aos consumidores da justiça dos órgãos estatais responsáveis pela tutela jurisdicional dos direitos. Visa assegurar a possibilidade de as partes se valerem de todos os meios de prova que se revelem idônea e úteis para demonstrar a verdade ou falsidade dos fatos alegados e que sirvam como suporte para as respectivas pretensões e defesas.

Para Francesco Carnelutti<sup>2</sup>, na percepção de objetos ou fontes de provas, o juiz na prática necessita da interferência de outras pessoas, que são os peritos. Diante disso, deve o órgão jurisdicional valer-se da chamada prova pericial.

O termo perícia, originário do latim *peritia* (habilidade especial), identifica um meio de prova que consiste em exame elaborado por pessoa, em regra, profissional dotado de

---

<sup>1</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Volume 3. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 45 e 46.

<sup>2</sup> - CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. Tradução da 2ª edição italiana por Lisa Pary Scarpa. 4ª edição. Campinas/SP. Bookseller Editora. 2005, p. 100/104, onde o autor com muita propriedade destaca a importância do trabalho do perito como auxiliar do juiz ao dizer que: a) “pode ser oportuno e até necessário fazer intervir a pessoa distinta do juiz na percepção dos fatos, quando seja necessário ou convenha que isso aconteça em tais condições de lugar ou de tempo que exijam uma excessiva dispersão da atividade do juiz em relação com o conjunto de suas tarefas. Não me proponho a examinar aqui quais sejam em concreto as condições que justifiquem a intenção, como também não os requisitos da pessoa que intervenha; me basta advertir que esta ordem de causas da intervenção opera no sentido de determinar a substituição do juiz por outra pessoa na atividade perceptiva, ou seja, a delegação da própria atividade em outra pessoa”; b) “pode ser oportuno e até necessário fazer intervir a pessoa distinta do juiz na percepção dos fatos, quando o julgador não tenha aptidão ou preparo suficiente para a percepção direta dos próprios fatos ou para a dedução destes dos fatos a provar. A primeira hipótese não se refere somente aos chamados fatos de percepção técnica, senão também a fatos comuns que o juiz não possa perceber a causa de um defeito sensorial ou do perigo ou do desagrado que a percepção direta imponha, ou a causa de costume que a desaconselhe; a segunda, a fatos comuns ou técnicos, cuja conexão com o fato a provar seja matérias de regras técnicas e não de regras de experiência comum. Na primeira hipótese, a intervenção de uma pessoa diversa do juiz é necessária, porque sem ela o juiz não lograria perceber o fato, pelo menos, não perceberia com exatidão os detalhes: pense-se, principalmente, no caso de que a percepção não possa ser efetuada sem a realização de determinadas manobras ou sem o uso de certos instrumentos, por exemplo: o caso de uma autópsia; na segunda hipótese, é conveniente para fornecer à pessoa distinta do juiz e que se deve ajudá-lo na condução, a percepção direta que melhor contribua à própria dedução. Esta ordem ulterior de causas opera no sentido de determinar, ou, em mais, a substituição do juiz por uma pessoa diversa na percepção, ou, simplesmente, a assistência desta pessoa ao juiz no ato da percepção, ou seja, o concurso com o juiz no próprio ato. Esta é a hipótese típica da perícia. Hoje em dia se estima, em geral, que o perito não atua somente para a dedução do fato a provar com respeito à fonte de prova, senão também para a própria percepção do fato, seja objeto ou fonte de prova, umas vezes em substituição e outras em assistência ao juiz, em ocasiões limitando seu conteúdo à concepção e estendendo-o em outras à dedução do fatos percebidos”.

formação e conhecimentos técnicos específicos acerca de fatos necessários ao deslinde da causa<sup>1</sup>.

A prova pericial não se confunde com prova testemunhal, muito embora o perito seja pessoa estranha à lide e que elabora material probatório, não vem a juízo para narrar fatos ocorridos, mas sim para esclarecê-los por meio de um laudo pericial próprio. Enquanto a testemunha comunica fatos pretéritos, o perito apenas descreve os fatos no estado atual, com a finalidade de afastar dúvidas que envolvam ciência ou técnica, que o juiz e as partes não dominam<sup>2</sup>.

De um modo geral é no saneamento do processo que o juiz, destinatário da prova, poderá nomear perito para a produção da prova considerada imprescindível para a elucidação da lide, ato esse que deverá, necessariamente, anteceder à audiência de instrução e julgamento, de acordo com a regra contida no Art. 435 do Código de Processo Civil. A parte que pretender obter esclarecimento do perito deverá requerer ao juiz a sua intimação para comparecer à audiência de instrução e julgamento.

### **3.1.1 Classificação da Prova Pericial**

O *Caput* do Art. 420 do Código de Processo Civil classifica a prova pericial, levando em conta o critério do tipo de perícia, em: exame, vistoria e avaliação.

Exame é a perícia propriamente dita, pois consiste no trabalho que o perito faz de inspecionar coisas ou pessoas, procurando desvendar os aspectos técnicos ou científicos que, ocularmente, não se encontram visíveis, por exemplo, numa ação de investigação de paternidade, poderá o juiz submeter o indigitado pai ao exame de DNA; numa ação de acidente de trabalho, será de rigor o exame pericial para apuração do grau de incapacidade do obreiro e do déficit funcional<sup>3</sup>. Vistoria, entende-se como a mesma atividade do exame, porém restrita aos bens imóveis. Avaliação é a atribuição de valores para bens jurídicos (coisas, direitos ou obrigações).

---

<sup>1</sup> - CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007, p. 319.

<sup>2</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil V.1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT, 2006, p. 441.

<sup>3</sup> - LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT, 2002, p. 131. O autor considera ainda, como espécie de perícia o arbitramento que é a estimação do valor de coisas ou direitos confiada a técnico ou pessoa especializada quando não for possível sua avaliação com base em dados objetivos do mercado.

No entanto, conforme o momento de sua produção e o grau de formalidade, pode ainda a perícia ser classificada em judicial, extrajudicial e informal. Judicial, é aquela que ocorre dentro do processo, realizada por perito nomeado pelo juiz, a requerimento das partes ou decretada de ofício. Na extrajudicial, as partes instruem a petição inicial e a contestação com pareceres técnicos; essa prova tem caráter de prova documental e é efetuada por perito assistente contratado pelas partes, objetivando evitar a perícia judicial, com amparo na Lei 8455/92. Se as partes discordarem dessa prova, por não ter sido submetida ao crivo do contraditório, deve o juiz determinar a perícia judicial. E, finalmente, a informal que é uma espécie de perícia judicial que está dispensada da confecção do laudo. Quando o fato a se verificar o permitir, o juiz poderá determinar apenas a inquirição do perito e dos assistentes técnicos, facultando às partes acompanhar a diligência<sup>1</sup>. Esse tipo de perícia também chamada por Fredie Didier Júnior<sup>2</sup> de perícia simplificada está prevista na lei dos juizados especiais (Art. 35 da Lei 9099/1995).

Quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico e também for desnecessária em vista de outras provas produzidas e a verificação for impraticável, o juiz indeferirá a prova pericial com fulcro no parágrafo único do Art. 420 do Código de Processo Civil.

No entanto, Luiz Rodrigues Wambier<sup>3</sup>, ao tratar sobre o tema, entende que essa prova, além de onerosa, causa retardo procedimental, razão pela qual só deve ser produzida quando for útil, necessária e praticável.

### **3.1.2 Quem Pode Ser Perito Judicial e Limites de Atuação**

A produção da prova pericial tem relação direta com o fato a ser investigado, assim sendo, para a sua lisura e credibilidade há necessidade de que o profissional encarregado de sua produção seja exímio conhecedor da matéria a ser periciada. É de conhecimento dos

---

<sup>1</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil v.1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo, RT, 2006, p. 443. Ainda, nesse sentido, os autores fazem a seguinte observação: Aliás, não é raro o julgamento de acidentes de trânsito baseado nos boletins elaborados pela autoridade policial que atendeu a ocorrência. Ato administrativo que é, goza de presunção de veracidade, todavia de natureza relativa, sucumbindo ante prova em contrário.

<sup>2</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil vol.2. Salvador/BA, Editora Jus Podivm, 2008, 2 vol., p. 228.

<sup>3</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil v.1. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT, 2006, pp. 442/443.

operadores do direito que nem sempre o magistrado condutor do processo é profundo conhecedor da questão *sub judice*, é quando recorre ao profissional com conhecimentos técnicos especializados, para a elaboração da prova pericial<sup>1</sup>.

O perito é um especialista em determinado ramo do saber, técnico ou científico, convocado como auxiliar da justiça para atuar no processo no qual esse meio de prova é admissível. Fala-se em conhecimento técnico ou científico, porque às vezes o ponto controvertido não se prende necessariamente a aspecto que exige estudo ou aprimoramento acadêmico. Basta o conhecimento, ainda que empiricamente adquirido para a pessoa ser perito, conforme estabelece os parágrafos do Art. 145 do Código de Processo Civil. No entanto, por ser de confiança do juiz e por ele nomeado, ficará sujeito às mesmas regras pertinentes ao juiz quanto ao impedimento e suspeição, previstas no inc. III do Art. 138 do Código de Processo Civil<sup>2</sup>. Assumindo formalmente o compromisso de desempenhar fielmente o *munus* (Art. 422 do Código de Processo Civil e § 2º do Art. 159 do Código de Processo Penal), respondendo também civil e penalmente pelos prejuízos que, através de informações inverídicas, vier a causar à parte (Art. 147 do Código de Processo Civil)<sup>3</sup>.

Nesse sentido, quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade do documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como o material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento<sup>4</sup>.

João Batista Lopes<sup>5</sup> preleciona que: No âmbito do processo civil, o perito é sempre pessoa física, donde se conclui que a pessoa jurídica não pode assumir esse mister. Menciona, ainda<sup>6</sup>, que em certos casos, porém, a lei exige qualificação especial, por exemplo: a perícia em ação de investigação de paternidade só pode ser assumida por médico; a exigida em ação de prestação de contas, por contador; a que envolve discussão sobre poluição do ar, por engenheiro.

Assim sendo, para ser perito judicial contábil, o profissional deve manter adequado nível de competência, pelo conhecimento atualizado em sua área de saber, das normas

---

<sup>1</sup> - DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição, 2º volume, Salvador/BA, 2008, p. 207,

<sup>2</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil V.1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo, RT, 2006, p. 443.

<sup>3</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 224.

<sup>4</sup> - Art. 434 do Código de Processo Civil.

<sup>5</sup> - LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Apud Gildo dos Santos, p. 133.

<sup>6</sup> - Idem, p. 134.

brasileiras de contabilidade (NBC), especialmente às aplicáveis à perícia contábil e das normas jurídicas pertinentes à função exercida. Assim sendo, deve manter-se permanentemente atualizado, mediante programas de capacitação, treinamento, educação continuada e especialização, para realizar seu trabalho com a observância da equidade.

Perito é aquele que vem cooperar com o juízo, realizando exames, vistorias ou avaliações que dependam de conhecimentos técnicos que o juiz não os tem (Art. 145, c/c o Art. 420 do Código de Processo Civil). São também peritos todos os engenheiros, médicos, contadores etc... O avaliador também é um perito, merecendo destaque a função de arbitrador, pessoa encarregada de realizar estudos e indicar o valor de uma obrigação (Art. 18, § 2º, do Código de Processo Civil). Há também o arbitrador que oficia nas ações demarcatórias (Art. 956 do Código de Processo Civil)<sup>1</sup>.

O perito judicial, além de ser formado em curso superior, deve estar necessariamente inscrito no Conselho Regional competente de sua categoria profissional, terá que se habilitar no juízo a que pretende atuar, apresentar a documentação que o qualifica para a função pretendida, para aí sim estar em condições de realizar a sua primeira atividade técnico-científica. Com isso, os advogados das partes litigantes, o representante do Ministério Público, juízes de direito e outros terão acesso ao prontuário e respectiva documentação dos peritos judiciais habilitados para tal mister<sup>2</sup>.

Vejamos a decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria de fato, com a seguinte titulação: “Qualificação de perito deve ser questionada no momento da nomeação”<sup>3</sup>.

O perito-contador e o perito-contador assistente devem conhecer as responsabilidades sociais, éticas, profissionais e legais, às quais estão sujeitos no momento em que assumem o encargo para a execução de perícias contábeis judiciais, extrajudiciais e arbitrais. Ambos devem respeitar os princípios da moral, da ética e do direito, atuando com lealdade, idoneidade e honestidade no desempenho de suas atividades, sob pena de responderem civil, criminal, ética e profissionalmente pelos atos que praticarem.

---

<sup>1</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 223/224.

<sup>2</sup> - Provimento nº 797 de 13 de março de 2003, do Conselho Superior da Magistratura.

<sup>3</sup> - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que no processo envolvendo perícia, a parte interessada deverá reclamar do perito no momento que o juiz fizer a convocação e não em outras fases do processo. Os Ministros chegaram a esse entendimento ao analisar recurso de George Ferreti, de São Paulo, contra uma empresa, para a qual ele alega ter trabalhado sem ter recebido o pagamento combinado. A justiça paulista convocou um perito judicial que verificou a ilegalidade nas contas apresentadas por Ferreti. O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, disse em seu voto, que na atual fase do processo não há como contestar as alegações do perito.

O termo “zelo” para o perito contador refere-se ao cuidado que o mesmo deve dispensar na execução de suas tarefas em relação à sua conduta, documentos, prazos, tratamento dispensado às autoridades e aos demais integrantes da lide, de forma que sua pessoa seja respeitada, seu trabalho levado a bom termo e, conseqüentemente, com credibilidade.

Na indicação ou contratado para o exercício da atribuição de perito judicial ou perito-contador assistente devem ser considerados com distinção e reconhecimento a capacidade e a honorabilidade do contador, devendo este recusar os serviços sempre que reconhecer não estar capacitado a desenvolvê-los (Art. 146 do Código de Processo Civil), contemplada a utilização de serviços de especialistas de outras áreas, quando parte do objeto do seu trabalho assim o requerer. Nesse caso, o perito contador e o perito-contador assistente são responsáveis também pelos trabalhos realizados por especialista contratado para a realização de parte da perícia que exija conhecimento específico em outras áreas do conhecimento humano (Art. 431-B do Código de Processo Civil). Tal obrigação assumida pelo perito perante o julgador ou contratante não exime o especialista contratado da responsabilidade pelo trabalho que executou<sup>1</sup>.

São exemplos de especialistas que podem ser auxiliares de peritos contadores: programador de computador para desenvolvimento de programas para perícias, inclusive para liquidação de sentenças em ações trabalhistas, apuração de haveres, aferição de diferenças do Sistema Financeiro de Habitação; atuários; especialista contábil em partes específicas da perícia, entre outros.

O perito judicial contábil ao contratar serviços de outros especialistas, deve certificar-se de que os mesmos se encontram em situação regular no seu conselho profissional. Citamos como exemplos de laudos interprofissionais para subsidiar a perícia contábil: a) de engenharia para avaliação de bens do ativo imobilizado; b) de medicina para subsidiar a perícia contábil em cálculos de indenizações de perdas e danos, apuração de danos emergentes ou lucros cessantes, resultantes de acidentes do trabalho; c) de perito criminal em cópia de documentos para reconhecer a autenticidade ou a falsidade; d) de gemologia para avaliação de joias, pedras preciosas e semipreciosas, com o fim de apurar valores para a avaliação patrimonial; e) de especialistas em obras de artes com o fim de apurar valores para avaliação patrimonial.

---

<sup>1</sup> - Conselho Federal de Contabilidade. Norma Brasileira de Contabilidade. NBC –T-13. Da Perícia Contábil; NBC-P-2 Normas Profissionais do Perito.



O que temos que ter em mente é que não é atribuição do perito judicial contábil o conhecimento jurídico, a interpretação de textos de lei ou invocar jurisprudência ou doutrina; tal mister é competência exclusiva do juízo da causa. O juiz preside e orienta as atividades do perito, que é colaborador e não substituto do magistrado. Ele sempre contribui e não substitui o julgador<sup>1</sup>.

Fredie Didier Junior comenta sobre essa substitutividade, a qual se limita apenas à verificação, análise e apreciação da fonte de prova. O perito não se coloca no lugar do juiz na atividade de avaliação da prova. É função primordial de o juiz analisar e valorar todos os meios de provas colocados à sua disposição, inclusive a pericial; e, se não concordar com ela (Art. 436, do Código de Processo Civil), poderá o magistrado determinar outra, denominada de segunda perícia (Art. 437 do Código de Processo Civil).

Como dito alhures, o perito deve ser um profissional qualificado e especializado na matéria discutida nos autos e deve fornecer ao juiz elementos concretos para o esclarecimento das questões de fato pertinentes à causa<sup>2</sup>.

Na prática, as partes questionam os peritos envolvendo-os em matéria jurídica, assim como quesitos impertinentes, dificultando a elaboração de um laudo puramente técnico especializado, desprovido de argumentos exclusivos do juízo; por outro lado, há também peritos que oferecem longos relatórios, com cansativas repetições das alegações das partes para, ao final, apresentarem conclusões inexpressivas ou inconsistentes<sup>3</sup>.

Os quesitos devem ser formulados com clareza e precisão, evitando-se quesitos genéricos, que possam dar dupla interpretação e, por conseguinte, prejudicar a conclusão do trabalho pericial a ser apresentado.

Por isso, um laudo pericial, que é o parecer que o perito apresenta ao juiz relatando o trabalho feito e formulando conclusões<sup>4</sup>, deve ter qualidade, ou seja, deve ser claro, preciso, conciso, confiável, evitar o prolixo, evitar opinião pessoal e evitar termos técnicos rebuscados; de forma que qualquer pessoa envolvida na lide possa ler e interpretar, para que o laudo alcance o fim almejado com coerência e esteja em conformidade com os motivos que o ensejaram.

---

<sup>1</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V.2. Salvador, BA, Jus Podivm, 2008, 2ª edição, p. 208.

<sup>2</sup> - LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 134.

<sup>3</sup> - Idem, p. 135

<sup>4</sup> - CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 224.

Resta saber se o juiz pode ser perito? Pelos estudos efetuados concluímos pela negativa, não só porque há proibição legal no parágrafo único do Art. 95 da Constituição Federal, dispositivo que determina que o juiz só poderá acumular a função de magistério; mesmo porque é ele o destinatário da prova e irá julgar a causa com os elementos constantes dos autos, fundamentando e motivando a sua decisão.

### 3.1.3 Natureza Jurídica do Direito à Prova

O escopo do processo confere efetividade à garantia da ampla produção probatória, cuja natureza constitucional é incontroversa, conferindo o direito à prova como efetivo direito fundamental, compreendido nas ideias de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Art. 5º, incs. XXXV, LIV e LV da Constituição Federal)<sup>1</sup>.

Para Bedaque<sup>2</sup>, assegurando o direito de ação no plano constitucional, garante-se o acesso ao devido processo legal, atingindo o objetivo concebido na Constituição Federal, cujo instrumento é protegido pelos princípios garantidores inerentes ao mesmo, tais como, o contraditório e a ampla defesa; bem como, no plano infraconstitucional, assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz, permitindo a produção de provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos.

A perícia está colocada em nossa legislação como um meio de prova, à qual se atribui um valor especial (está em uma posição intermediária entre a prova e a sentença). Representa um *plus* em relação à prova e um *minus* em relação à sentença<sup>3</sup>.

O juiz pode, muitas vezes, dispor de recursos técnicos periciais, com emprego de expertos como membros laicos de órgãos judicantes, que podem atenuar a atividade jurisdicional, com finalidade proeminentemente informativa<sup>4</sup>.

### 3.1.4 Procedimento

---

<sup>1</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 22.

<sup>2</sup> - Idem; Ibidem, p. 22 e 23.

<sup>3</sup> - CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007, p. 319

<sup>4</sup> - CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre. 1993, Reimpressão, 1999, p.89.

Quando depender de conhecimento técnico e for imprescindível, a prova pericial é de rigor. As partes, na fase postulatória, na petição inicial e na contestação protestam genericamente pela produção de todas as provas em direito admitidas e na audiência preliminar ou no despacho saneador previsto no Art. 331 do Código de Processo Civil, após a fixação dos pontos controvertidos na causa, será definida a necessidade ou não da prova pericial. Nesse caso, o juiz nomeará o perito e estabelecerá o prazo para a entrega do laudo<sup>1</sup>.

Fredie Didier Júnior<sup>2</sup>, no mesmo diapasão, acrescenta que: diante de fato novo ou de algum incidente processual, como, por exemplo, a arguição de falsidade documental (Art. 392 do Código de Processo Civil), a prova pericial poderá ser formulada em outra oportunidade. No entanto, no procedimento sumário, a perícia deve ser requerida na petição inicial ou na contestação, sob pena de preclusão (Art. 276 do Código de Processo Civil).

João Batista Lopes<sup>3</sup> diz que: “por se tratar de meio de prova especial que implica despesas para as partes e, via de regra, retardamento na prestação jurisdicional, a prova pericial só deve ser admitida quando se revelar indispensável ao esclarecimento de questões técnicas ou especializadas”.

Sempre que o juiz puder evitar a realização da prova pericial, o fará, se tiver outro meio menos oneroso para apurar a veracidade das alegações das partes, ou então, deverá adotar o procedimento do § 2º do Art. 421 do Código de Processo Civil, que desautoriza a prova pericial quando o fato não depender de conhecimento técnico ou científico (Inc. I do Art. 420 do Código de Processo Civil). No entanto, quando a natureza do fato permitir, poderá consistir apenas na inquirição do perito e dos assistentes, pelo juiz, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.

Caso contrário, se a prova pericial for imprescindível para o deslinde da causa, como dito alhures, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para entrega do laudo, que expirará até vinte dias antes da audiência, podendo as partes e o juiz formular quesitos e indicar assistentes técnicos (Art. 426, Inc. II, do Código de Processo Civil).

Após o despacho de nomeação do perito, as partes, dentro de 5 (cinco) dias, serão intimadas a indicar assistentes técnicos e formular quesitos a serem respondidos pelo perito (Art. 421, § 1º, do Código de Processo Civil), os quais devem ser pertinentes, relevantes e

---

<sup>1</sup> - Art. 420 e 421 do Código de Processo Civil.

<sup>2</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil v.2. Salvador/BA, Editora Podivm, 2ª edição, 2008, p.224.

<sup>3</sup> - LOPES, João Batista, A prova no Direito Processual Civil. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 131.

relacionar-se com a causa e as questões a serem provadas, sob pena de indeferimento (Art. 426 do Código de Processo Civil).

Prescreve o Art. 425 do Código de Processo Civil que as partes poderão apresentar quesitos suplementares durante as diligências dos trabalhos do perito, para que esse possa elucidar melhor o seu parecer, desde que esses quesitos sejam submetidos à ciência da parte contrária.

Caso as partes não apresentem quesitos no prazo determinado pelo Art. 421, § 1º, do Código de Processo Civil, emerge a questão: precluiu o direito de formular em outro momento? Fredie Didier entende que não. Esse prazo não é preclusivo, podendo as partes indicar assistentes técnicos e formular quesitos até o momento da realização da perícia<sup>1</sup>.

Na elaboração do laudo pericial e no desempenho de sua função, os peritos e os assistentes técnicos podem lançar mão de todos os meios necessários para a realização do seu trabalho, tais como, ouvir testemunhas, obter informações, solicitar documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, instruí-lo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças (Art. 429 do Código de Processo Civil). Para início da produção da prova as partes deverão ser cientificadas da data e local designado pelo juiz ou indicado pelo perito para tal mister (Art. 431-A do Código de Processo Civil). Caso o prazo não puder ser cumprido pelo perito, o juiz, segundo seu prudente arbítrio, poderá por uma vez conceder-lhe prazo suplementar, mediante a apresentação de motivo justo (Art. 432 do Código de Processo Civil).

Os assistentes técnicos terão o prazo comum de dez dias para oferecerem seus pareceres (parágrafo único do Art. 433 do Código de Processo Civil), que começa a fluir após intimação das partes sobre apresentação do laudo pelo perito.

No caso de *litisconsortes* com advogados ou assistentes técnicos distintos, não se aplica o Art. 191 do Código de Processo Civil, que prevê a contagem do prazo em dobro para os procuradores falarem nos autos e, no caso em questão, os advogados não falam, limitando-se a juntar pareceres técnicos elaborados pelos assistentes técnicos, que a rigor são estes quem realmente falam<sup>2</sup>; muito embora tivessem a oportunidade de acompanhar o trabalho do perito, conforme preceitua o Art. 431-A do Código de Processo Civil.

No entanto, se a perícia for complexa e o prazo de dez dias for insuficiente para analisá-la, é necessário que se proponha ao juiz a dilação do prazo para sua apreciação, tanto

---

<sup>1</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil v.2. Salvador/BA, Editora Podivm, 2ª edição, 2008, p. 225.

<sup>2</sup> - Idem, p. 227.

pelos advogados, como pelos assistentes técnicos, caso em que, diante da particularidade de cada caso, respeitando os princípios constitucionais que visam à tutela do processo justo, por estar em jogo a qualidade da prestação jurisdicional<sup>1</sup>, o magistrado poderá concedê-lo.

Entendo que a concessão de prazo é de fundamental importância uma vez que nesta oportunidade as partes vão solicitar que os peritos e os assistentes técnicos esclareçam seus trabalhos por meio de quesitos suplementares sobre pontos que entendam obscuros, questionamentos que também poderão ser feitos pelo magistrado, ministério público ou assistente simples, que é parte<sup>2</sup> ou pessoalmente na audiência de instrução e julgamento, cujas perguntas serão formuladas desde logo sob pena de indeferimento (Art. 435 do Código de Processo Civil).

### 3.1.5 Força Probante e Valoração

Como veremos em capítulo próprio, são basicamente três os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais, a saber: a) o da prova legal, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados<sup>3</sup>.

E, ainda, continuam os autores, persuasão racional no sistema do devido processo legal significa convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.

Cabe ao juiz, considerando o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento, acolhidos em nosso direito, consagrado pelo Art. 131 do Código de Processo Civil, diante das provas a ele apresentadas, valorar estas e fundamentar a sua decisão; atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Igual interpretação será dada ao Art. 157 do Código de Processo Penal, *in verbis* “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

---

<sup>1</sup> - CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova no Processo Civil v.3. São Paulo, RT, 2001, p. 179.

<sup>2</sup> - DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil v.2. Salvador/BA, Editora Podivm, 2ª edição, 2008, p. 228.

<sup>3</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 375.

Nesse sentido, o STJ manteve absolvição de Zélia Cardoso de Mello, fundamentando a decisão, a saber: “não há falar em má valoração da prova quando o julgador, valendo-se do livre convencimento, conclua estar provado ou não um fato”<sup>1</sup>.

Também sobre o tema, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve decisão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe, sobre questão alusiva à alegação de violação dos Arts. 131 e 146 do Código de Processo Civil, sustentando que o acórdão ignorou as conclusões do laudo pericial, cuja decisão teve o seguinte teor: “o mesmo laudo pericial, dentro da ótica e da valoração de cada julgador, pode produzir soluções diversas, sem qualquer infringência aos dispositivos legais invocados”.

A perícia é um meio de produção de prova que, negada a qualquer das partes, pode ofender o princípio constitucional da ampla defesa; no entanto, os juízes, como diretor material do processo, deveriam nortear as diretrizes dos trabalhos periciais a serem realizados, porém, na maioria dos casos, limitam-se a nomear peritos sem contudo elaborar quesitos próprios.

Deveria, ainda, o juiz fiscalizar com mais rigor o cumprimento do prazo concedido ao perito para evitar abusos, isto é frequente no dia a dia forense. A perícia geralmente é aceita quando as provas dos autos são insuficientes para o esclarecimento da demanda, tornando-se imprescindível quando o que se discute depende de opinião especializada<sup>2</sup>.

### **3.2 Princípios Inerentes à Atividade Instrutória**

A atividade instrutória tem suas raízes na Constituição Federal, nos incisos LIV e LV do Art. 5º da Constituição Federal. Tais princípios informam a substância e essência na jurisdição, que são eles:

---

<sup>1</sup> - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. O ministro Nilson Naves, do STJ, manteve a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF) que absolveu a ex-ministra da Fazenda do Governo Collor, Zélia Cardoso de Mello, do crime de corrupção passiva. O Ministério Público Federal recorreu da decisão do TRF alegando que a imputação do delito de corrupção, nas modalidades ativa e passiva, dispensa aprofundado exame de fatos e provas, não carecendo de “operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção”. O TRF reformou a sentença e absolveu Zélia Cardoso sustentando a inexistência de prova que demonstrasse que ela tivesse solicitado ou recebido ou aceito promessa de receber vantagem indevida em razão da função. Para o ministro Naves, não há falar em má valoração da prova quando o julgador, valendo-se do livre convencimento, conclua estar provado ou não um fato. “Veja-se que, no caso, não deixou o Tribunal de origem de considerar as provas colhidas, tampouco deixou de dar a elas o devido valor jurídico, a saber, o de serem provas aptas à instrução do processo penal. Concluiu isto sim, que seu conteúdo era insuficiente para corroborar a pretensão do autor”, afirmou o ministro.

<sup>2</sup> - SÁ, Antônio Lopes. Perícia Contábil. 7ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2007, p. 63.

### 3.2.1 Princípio Dispositivo

No inc. LIV do Art. 5º da Constituição Federal, está contido o princípio do devido processo legal e nele inserido o princípio dispositivo, segundo o qual nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte interessada a requerer, nos casos e formas legais. Caberá à parte delimitar a pretensão da lide e, em contrapartida, o juiz não poderá sentenciar diversamente do que lhe foi demandado (Arts. 2º, 128, 262 e 460 do Código de Processo Civil).

O princípio dispositivo está intimamente relacionado à atribuição de poderes ao juiz<sup>1</sup>. Quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que ele está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será, diz Fredie Didier<sup>2</sup>.

Para Luiz Rodrigues Wambier<sup>3</sup> cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito protegido, colocar em movimento a máquina estatal, para obter uma concreta solução da causa trazida a juízo. O Poder Judiciário é absolutamente inerte na esfera do direito processual civil, só se manifestando por provocação do interessado.

Tratando-se de direitos disponíveis, as partes têm total liberdade para influir na prova, não contestando e confessando os fatos. Esse comportamento amputaria os poderes instrutórios do juiz e seria consequência do princípio dispositivo<sup>4</sup>.

O Código de Processo Civil conciliou os sistemas dispositivos e inquisitórios, ampliando os poderes instrutórios do juiz, não excluindo o ônus das partes em demonstrarem os fatos alegados<sup>5</sup>.

E, ainda, continua José Roberto dos Santos Bedaque, tratando de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais, tais como, renúncia, desistência, reconhecimento do pedido, sendo que o juiz não pode opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa, sim, corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo.

---

<sup>1</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª edição. São Paulo, RT, p. 87.

<sup>2</sup> - DIDIER, Fredie, Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador/BA, Volume I, 2008, p.55.

<sup>3</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Volume I. São Paulo. Revista dos Tribunais, p. 69.

<sup>4</sup> - BEDAQUE, Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.87.

<sup>5</sup> - Art. 130 e 333, do Código de Processo Civil.

O Estado, na pessoa do juiz, pode buscar a justiça participando ativamente do processo probatório, sugerindo ou coordenando provas propostas pelas partes, mesmo porque, existe a possibilidade de o juiz, *ex officio*, dar início a inventário, previsão contida no Art. 989 do Código de Processo Civil.

O princípio em questão deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, sem implicar restrições ao poder investigatório, em virtude da disponibilidade do direito, por se referir a atos processuais das partes voltadas diretamente para o direito disponível.

### **3.2.2 Princípio da Imparcialidade**

Para assegurar a imparcialidade dos juízes, a Constituição Federal estipula a eles as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (incisos I, II e III do Art. 95); preceitua vedações (parágrafo único do Art. 95); e também o princípio do juiz natural que prescreve que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (Art. 5º, inc. LIII) e proíbe juízes e tribunais de exceção (Art. 5º, inc. XXXVII). Desse princípio decorre a regra de que ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato.

Todo princípio jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna<sup>1</sup>. Só exerce jurisdição quem ocupa o cargo de juiz.

Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (Art. 130 do Código de Processo Civil), sendo defeso proferir sentença de natureza diversa da pedida, sob pena de ficar caracterizada a suspeição (Arts. 135 e 460 do Código de Processo Civil).

O juiz coloca-se entre as partes e acima delas. E esta é a primeira condição para que o juiz exerça sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente, para isso deve o órgão jurisdicional ser

---

<sup>1</sup> - TEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 26ª edição. Rio de Janeiro. 1999, Volume I, p. 38.



subjetivamente capaz. No entanto, Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>1</sup>, diz que: “O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição”.

E, ainda, continua o autor<sup>2</sup>: a imparcialidade do juiz é uma garantia para as partes, por isso têm elas o direito de exigir um juiz imparcial; e o Estado, que reservou para si a tutela jurisdicional, tem o dever de agir com imparcialidade na solução das lides que lhes são apresentadas.

Visando garantir a imparcialidade do julgador na condução do processo sem a propensão de beneficiar qualquer das partes, a doutrina que prevalece é a contrária à produção de prova por iniciativa do Juízo da causa, pois assim agindo, daria margem à parte perdedora da causa a questionar a conduta do Juiz. Há, ainda, entendimento que seria imprescindível a participação do membro do Ministério Público em todas as provas produzidas por iniciativa do Juiz, buscando a verdade real e dificultando que o Magistrado possa tender, psicologicamente, a dar ênfase à prova que produziu; afastando, desse modo, sua imparcialidade.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, tanto as partes como o juiz, muito mais o juiz, têm interesse na correta demonstração dos fatos. Para tanto, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender necessárias quando estiver diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, a fim de alcançar o provimento jurisdicional imediato, recorrendo às regras sobre o ônus das provas, por ser de interesse da sociedade a solução justa do processo. Caso haja um provimento injusto causará frustração às pessoas; sendo que, não raro, as injustiças são cometidas contra aqueles que, por razões econômicas, não se encontram em condições de igualdade dentro da relação processual, cabendo ao magistrado impedir que o processo se transforme em mais um instrumento de injustiça<sup>3</sup>.

Assim, se o julgador seguir as regras do Art. 333 do Código de Processo Civil, permanecendo inerte durante toda a atividade probatória, estará contribuindo para um processo longo, oneroso e talvez parcial; ao passo que, se determinar as provas necessárias à instrução do processo nos limites da lei, diante do estado de perplexidade ou sendo uma das partes vulnerável, estará proporcionando às partes o que está previsto no Art. 125 do já mencionado diploma legal, ou seja, um tratamento igualitário aos litigantes, tendo como escopo um processo justo e equilibrado.

---

<sup>1</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 5ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 1985, p.21.

<sup>2</sup> - Idem, p. 22.

<sup>3</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes Instrutórios do Juiz, 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2009, pp. 124/125.

### 3.2.3 Princípio da Igualdade Processual

Para José Roberto dos Santos Bedaque, a garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo. Vários são os princípios proclamados pela doutrina moderna e adotados pela quase totalidade das legislações objetivando a garantir a igualdade das partes<sup>1</sup>.

E, ainda, continua o autor: entre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo moderno, que pode levar as partes a um desequilíbrio substancial.

Diante da desigualdade econômica processual, hodiernamente tem vislumbrado reforço ao poder instrutório do juiz para corrigi-la, por estar presente na relação processual, o que o torna ativo, com participação efetiva na produção da prova sem ser parcial, podendo adotar *ex officio* iniciativas relacionadas à instrução do feito, tendo em vista ser um dos princípios processuais de maior relevância social.

Essa intromissão do juiz não interfere na liberdade das partes, uma vez que o Estado busca a verdade dos fatos com paridade de armas, tratamento exigido pelo legislador, visando atingir o fim social a que é proposta, ou seja, a pacificação social.

### 3.3 Poderes Instrutório do Juiz

A manutenção da integridade do ordenamento jurídico é o objetivo da atividade jurisdicional; para cumprir sua função social deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-la, assumindo posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los quando entender necessário, sabedor de que o resultado prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional.

O juiz é o profissional encarregado de realizar a justiça, uma espécie de guardião das garantias constitucionais. Podemos também dizer que o juiz é o aplicador da lei; aquele que declara o direito de forma passiva, cognoscitiva e mecânica, ou seja, é mera e “inanimada boca da lei”. “O juiz se encontra na posição de declarar o direito de maneira não criativa, apenas com instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração

---

<sup>1</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes Instrutórios do Juiz, 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2009, p. 97.

a sua valoração pessoal”<sup>1</sup>. Diz ainda o autor que os juízes tendem a ser conservadores, quietos e respeitosos, contrários a evoluções que tenham a pôr em evidência e exaltar o elemento voluntarístico das suas decisões, colocando em perigo a mística da sua objetividade e neutralidade.

Lafayette Pozzoli, analisando o conceito de justiça, trouxe uma reflexão peculiar à matéria apresentada, ao dizer que: “O direito se tornou, no final do século XX, uma profissão absolutamente valorizada”, e, ainda, conclui:

A maré de otimismo pela qual navega essa área não é absoluta, nem pacífica. Se por um lado há profissionais que se destacam na condução da bandeira da justiça, da defesa da dignidade da pessoa humana e no exercício da ética, há que lamentar a existência de tantos outros que banalizam seus valores e se distanciam da justiça. São profissionais que se corrompem, que se valem do diploma, da carteira da OAB, do ingresso em uma carreira pública para cometer atos desprovidos de moral, de ética, de justiça (Pozzoli, 2001, p. 338).

Nesse sentido, Norberto Bobbio<sup>2</sup>, diz que: o Estado constitucional moderno se desenvolve em estabelecer limites ao poder estatal; este, entendido como uma forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir de suas próprias origens, a tendência para se colocar como poder absoluto, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder.

O cidadão, ao se sentir ameaçado, recorre ao poder judiciário na busca de uma ordem jurídica justa, no entanto, o Estado, na pessoa do juiz, está corrompido, desprovido de moral, ética e justiça, ou seja, o cidadão não tem outro poder a não ser deixar valer os próprios direitos dos legítimos magistrados<sup>3</sup>.

Para Mauro Cappelletti, bom juiz é o consciente das limitações e fraquezas, sensível às muitas circunstâncias capazes de aconselhar circunspecta prudência em determinadas épocas, domínios e casos e, pelo contrário, dinâmico atrevimento em outros. E, ainda, acrescenta: “num sistema democrático é, obviamente, assegurada a independência dos juízes

---

<sup>1</sup> - CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1993. Reimpressão 1999, p. 32/33.

<sup>2</sup> - BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Tradução Alfredo Fait. 3ª edição. Editora Mandarim. 2000, p.17.

<sup>3</sup> - Idem, p. 41.

que, tanto mais são independentes, tanto menos obrigados a “prestar contas” das suas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes<sup>1</sup>”.

Sidnei Agostinho Beneti faz uma distinção entre magistratura de massa e magistratura artesanal. Esta, a magistratura do caso concreto, único, especial e determinado, que são os maiores números de processos que devem ser analisados com pormenores. Aquela possui grande quantidade de processos repetitivos, que ganham relevância operacional, nos quais o juiz tem pressa em arquivar. E, ainda, conclui: “tem sua linha de produção e o produto final, que é a prestação jurisdicional”<sup>2</sup>.

E, continua o autor, fazendo a seguinte observação sobre os andamentos dos processos, são os “vale-tudo”:

Tudo vale para fazer o processo andar. Desde a maneira como o juiz se comporta na sala de audiências, até o modo pelo qual manuseia o processo ou dele se desfaz como no caso de ele o colocar sobre a mesa ou o jogar num canto na presença das partes. Importa até o jeito de ele se vestir ou portar num churrasco, numa pescaria, no pagamento de suas obrigações. Tudo importa para que o processo ande, até porque tudo vai influir na credibilidade do juiz e na própria força de suas decisões.

Vale dizer que a doutrina contemporânea tem evoluído favoravelmente com relação à figura do juiz como um agente estatal no desempenho da função pública, que tem como objetivo a satisfação das partes litigantes, visando à dignidade da pessoa humana.

Eis o surgimento da democracia social, com a participação ativa da figura do juiz, notadamente no que diz respeito à produção de provas; juiz que poderá determiná-las quando entender necessárias ao deslinde da questão, zelando pela solução rápida do litígio. E, por meio dessa iniciativa, pode até mesmo fazer com que dados de conhecimento particular venham para os autos, sem permitir que tal conhecimento quebre a equidistância exigível no processo, sob pena de incidir em suspeição.

Apesar da evolução a que se submeteu a ciência processual nos últimos anos, da influência do direito substancial na relação processual, a doutrina sustenta que os poderes do juiz na produção de provas serão maiores ou menores, dependendo da natureza do direito; se indisponível, deverá ele orientar-se na busca da verdade real; se disponível, determinará a

---

<sup>1</sup> - CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Porque Alegre/RS. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1993/ Reimpressão 1999, p. 93.

<sup>2</sup> - BENETI, Sidnei Agostinho. Da Conduta do Juiz. 2ª edição revisada. São Paulo. 2000, p.12

produção de provas necessárias, considerando nesse caso, poderes limitados<sup>1</sup>. No processo civil há concessões à verdade real, quando nas relações discutidas envolver direito indisponível ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

Vejamos o entendimento do nosso tribunal:

Investigação de paternidade. Requerimento da prova genética DNA feito a destempero. Validade. Recurso Especial nº 140.665 (97/0049926-0) – MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPERO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. COLHEITA DE MATERIAL DO MORTO ANTES DO SEPULTAMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. III – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. IV – na fase atual da evolução do direito de família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz<sup>2</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>3</sup>, na participação do juiz na realização do processo, diz que:

---

<sup>1</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 127.

<sup>2</sup> - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 140.665 (97/0049926-0)MG. Recorrente: H.M.S. espólio e Outro. Recorrida: A.A.C. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 17 de setembro de 1998. [www2.mp.pr.gov.br](http://www2.mp.pr.gov.br).

<sup>3</sup> - DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p. 339.

...é também um ponto sensível relativo ao modo de ser deste. Nos sistemas políticos constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante. E assim é o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo o momento é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectadores. A escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual, repudia a teoria dos “fins limitados”. É claro que essa tendência publicista não poderia chegar ao ponto de autorizar o exercício espontâneo da jurisdição, nem de substituir as iniciativas instrutórias das partes pelas do juiz; mas, para a efetividade jurídica social e política do processo, algumas mitigações a esse imobilismo do agente jurisdicional vão sendo estabelecidas.

A quarta Turma do Tribunal Regional Federal, 3ª Região (nº 00027-2006-092-03-00-8), com base no voto do desembargador Antônio Álvares da Silva, ao negar provimento aos embargos de declaração acrescentou:

Caracteriza-se a litigância de má-fé, pela utilização das vias processuais de forma abusiva e meramente protelatória, sendo esta a orientação jurisprudencial a ser seguida, atual, emanada, inclusive, de eminentes ministros, visando atender aos anseios da sociedade por uma justiça mais rápida e concreta e ainda, acrescenta, “deve o juiz zelar pelo rápido andamento das ações, aplicando sanções a quem demanda por emulação, interpondo recursos indefinidamente, levando o Judiciário ao colapso e fazendo da duração das ações um instrumento de rolagem de dívida e retardamento na execução das obrigações. Ao direito de defesa da parte, que ninguém pode negar, contrapõe-se o direito do Estado em aplicar as leis, o qual possui também relevante significado social, já que importa na eficácia do próprio ordenamento jurídico. Conciliar a ambos é dever do juiz no seu ofício de julgar.

O juiz, com fundamentação no Art. 130 do Código de Processo Civil, poderá determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, embora o próprio artigo não diz se o direito é disponível ou indisponível.

O Código de Processo Civil comentado por Theotônio Negrão trata do assunto assinalando que o Código acolheu o princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes; mas o abrandou, permitindo a iniciativa probatória do juiz, haja vista que a publicização do processo e a socialização do direito implicam cada vez mais na busca a verdade real. O juiz, entretanto, somente deverá tomar a iniciativa probatória quando a prova se fizer necessária ao conhecimento da verdade que interessa ao melhor e mais justo julgamento da causa. Essa iniciativa reclama, no entanto, estado de perplexidade

do julgador em face de provas contraditórias, confusas, incompletas, ou de cuja existência o juiz tenha conhecimento.

Além da perplexidade o julgador deve levar em conta a desproporção econômica ou sociocultural entre as partes, ou seja, a hipossuficiência destas, que possuem uma dificuldade muito maior para esperar a solução judicial dos seus casos. A iniciativa probatória do juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que a mesma não se sujeita a preclusão<sup>1</sup>.

Para Cândido Rangel Dinamarco<sup>2</sup>, “a constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois de atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico”.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte entendimento:

Perícia só pode ser dispensada se fundamentos técnicos suprirem decisão:  
“A perícia técnica só pode ser dispensada se outros fundamentos técnicos adotados pela decisão forem suficientes para justificá-la. Com esse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou processo originário do Rio Grande do Sul, determinando a realização do cálculo atuarial solicitado pela entidade de previdência privada”.

O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinará as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias<sup>3</sup>, assim como apreciará livremente aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes.<sup>4</sup>

A ampliação dos poderes instrutórios do juiz concedidos na fase de instrução tem como objetivo a ser perseguida a busca do bem comum, removendo obstáculos existentes na demanda, verificados em razão da menor sorte econômica de uma das partes, permitindo ao magistrado o propósito de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, bem como velar para que o processo alcance a pacificação social.

---

<sup>1</sup> - NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. Com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 32ª edição. São Paulo. Saraiva, 2001, comentários ao artigo 130, p. 225.

<sup>2</sup> - DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2009, p. 46.

<sup>3</sup> - Art. 130 - Código de Processo Civil,

<sup>4</sup> - Art. 131- Código de Processo Civil.

### 3.4 Limites ao Poder Instrutório

Dentre as várias atividades do magistrado no processo, destacam-se duas categorias de atos processuais, quais sejam os provimentos e atos reais ou materiais. Este não tem caráter de resolução ou determinação e se divide nas seguintes espécies: instrutórios (realizar inspeções em pessoas ou coisas, ouvir alegações dos procuradores das partes, etc.), que se referem à formação do convencimento do juiz; e, de documentação (rubricar folhas dos autos, referente a ato em que haja intervindo, assinar a folha final). Os provimentos são os pronunciamentos do juiz no processo, expressões verbais ou escritas de seu pensamento, contendo neles a decisão de alguma pretensão de uma das partes ou a determinação de providências a serem realizadas, bem como, decisão da causa com ou sem julgamento de mérito<sup>1</sup>.

O que se busca estudar neste capítulo, são os limites dos atos processuais do juiz investido da jurisdição, o qual se posiciona de maneira imparcial na relação processual; em consequência, compete a ele julgar, não de modo neutro ou indiferente, mas com imparcialidade. A qualidade de terceiro estranho ao conflito em causa é essencial à condição de juiz<sup>2</sup>. “Decisão” é ato de poder, pois somente em razão deste o que for decidido deve ser obrigatoriamente cumprido, observando-se as disposições legais que fixam limites para tal poder<sup>3</sup>.

Para José Roberto dos Santos Bedaque<sup>4</sup>, o julgador deve estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função, interpretando corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno, principalmente nas medidas de urgência, pois, muitas vezes em apenas um ato, antes mesmo que o contraditório seja efetivado, poderá definir-se provisoriamente o resultado do processo.

E, ainda, continua o autor, esse poder de liberdade a ele conferido, por mais amplo que seja não significa discricionariedade, ou seja, reconhecimento pelo sistema jurídico da possibilidade de adoção de duas ou mais soluções como legítimas, adequadas e corretas; que, por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos,

---

<sup>1</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 356 a 357.

<sup>2</sup> - Ibidem, p. 313.

<sup>3</sup> - GOMES, Sérgio Alves. Os Poderes do Juiz na Direção e instrução do Processo Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1997, p. 50.

<sup>4</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009, p. 150.



cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão, tendo como escopo a busca da solução correta que representa a vontade da lei no caso concreto.

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros, o juiz tem também deveres no processo, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes. Não só o dever de sentenciar ele tem, mas, ainda, o de conduzir o processo segundo a ordem legal estabelecida, proporcionando às partes todas as oportunidades de participação a que têm direito e dialogando amplamente com elas mediante despachos e decisões tão prontas quanto possíveis e motivações das decisões em geral<sup>1</sup>.

No entanto, o princípio do livre convencimento motivado fica limitado por expressa previsão legal, pois não pode o magistrado conhecer o fato por outro meio de prova que não o legalmente exigido (Art. 366 do Código de Processo Civil), denominada tarifação legal da prova, tendo em vista o peso que a lei dá a ela, como, por exemplo, Art. 104. Inc. III, e Art. 166, inc. IV, todos do Código Civil<sup>2</sup>.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não tem compartilhado com essa orientação, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência. Vejamos:

O STJ deu provimento a recurso especial que permitiu a uma menor, o benefício previdenciário da prestação continuada.

Diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, entendo que esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente o cidadão e economicamente vulnerável”, prevalecendo o princípio do livre convencimento motivado do juiz e não o sistema de tarifação legal de provas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 313.

<sup>2</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil V.1. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT, 2006, p. 393.

<sup>3</sup> - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1112557. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 01 de dezembro de 2009.in verbis. O Ministro relator do processo entendeu que, de acordo com o Código de Processo Civil, em âmbito judicial prevalece o princípio do livre convencimento motivado do juiz e não o sistema de tarifação legal de provas. Motivo pelo qual essa delimitação do valor não deve ser tida como um único meio de atestar a condição de miserabilidade do beneficiado. [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

Com relação à produção de prova a decisão judicial deve ser adequadamente fundamentada (Art. 130 do Código de Processo Civil), por ser passível de eventual recurso, momento em que as partes apresentarão razões de impugnação para que o órgão superior de justiça tenha condições de examinar os argumentos favoráveis e contrários à conclusão impugnada.

Embora pareçam amplos os poderes dos juízes, há limites impostos pelo legislador, mesmo porque se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (Art. 319 do Código de Processo Civil). Nesse caso, à revelia, o magistrado deverá analisar as provas constantes nos autos, valorando-as e fundamentando-as segundo o seu livre convencimento, por ser ele o destinatário da prova e por ter o processo, como finalidade, a pacificação social. Mesmo o réu revel, poderá a qualquer tempo intervir no processo (parágrafo único do Art. 322 do Código de Processo Civil); e, se o magistrado declarar à revelia, o processo pode não estar atingindo o fim social a que é proposto.

### **3.5 Atuações do Juiz Para Assegurar o Processo Justo**

Visando assegurar o processo justo, poderá o juiz de ofício ou a requerimento de qualquer das partes determinarem as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (Art. 130 do Código de Processo Civil).

Como dito alhures, os sistemas de apreciação da prova basicamente são três, que podem ser acolhidos pelo ordenamento processual: o sistema da prova legal; o sistema da valoração *secundum conscientiam*; e o sistema chamado de persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados. O sistema da persuasão racional consagrado no Art. 131 do Código de Processo Civil, que estabelece que o juiz aprecie livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

A melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter à atividade jurisdicional ao princípio do contraditório e impor à autoridade judiciária a obrigação de motivar sua decisão (Art. 5º, inc. LV e Art. 93, inc. IX, todos da Constituição Federal). Pode ele manter-se absolutamente imparcial ainda que participe ativamente da instrução, bastando que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo

contraditório entre as partes. Aliás, o respeito ao princípio do contraditório é condição de validade de qualquer prova<sup>1</sup>.

E, ainda, conclui José Roberto dos Santos Bedaque<sup>2</sup>:

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.

O magistrado, visando comprometer-se com a efetivação do direito material, amparado pelo Art. 6º, inc. VIII, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderá possibilitar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando considerar verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras de experiência.

O Código de Processo Penal, por seu Art. 156, estabelece que a prova da alegação incumba a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante; além disso, não pode ter aplicação rigorosa o critério que atribui ao demandado todo o ônus de provar os fatos extintivos ou impeditivos (Art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil).

O juiz tem a liberdade de formar sua convicção por não estar preso a nenhum critério legal, no entanto, é necessária a devida fundamentação, pois não se admite que o juiz lave as mãos e pronuncie o *non liquet* diante de uma causa incômoda ou complexa, porque tal conduta importaria evidente denegação da justiça e violação da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal e Art. 126 do Código de Processo Civil)<sup>3</sup>.

Sobre o assunto, cumpre destacar os ensinamentos de Fernando Capez<sup>4</sup>: “O juiz não pode buscar como fundamento elementos estranhos aos autos *quod neon est actis non est in*

---

<sup>1</sup> - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009, pp. 111/112.

<sup>2</sup> - Ibidem, p. 113.

<sup>3</sup> - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 313.

<sup>4</sup> - CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo. Saraiva. 2007, p. 319.

*mundo*. Esse princípio conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento. O convencimento do juiz deve produzir o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, porventura, examinem o conteúdo probatório.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em decisão fundamenta o seguinte:

O juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardo o princípio do contraditório (RSTJ 129/359; 4º T., REsp nº 215.247)”; “ o juiz pode, a qualquer tempo, sob prudente discricção, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar decisão que havia dispensado (REsp nº 5268-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Carneiro. V.tb. REsp nº 12.223.0-BA, 4ª Turma, declaração de voto do Min. Sálvio de Figueiredo).

Corroborando esse entendimento Luiz Rodrigues Wambier diz que o poder instrutório do juiz visa a assegurar a tranquilidade necessária para um julgamento adequado e razoável, quando a prova reunida no processo não foi suficiente para o seu convencimento. E, ainda, acrescenta: é dever processual da parte colaborar com o Poder Judiciário para o desdobramento da verdade (Art. 339 do Código de Processo Civil), dever do qual ninguém se exime. Lembrando que o escopo do processo é dar razão a quem efetivamente a tem, o que constitui interesse público relevante e não o de resolver pendengas pessoais<sup>1</sup>.

No processo civil contemporâneo, doutrinariamente, estamos vivenciando uma grande mudança dos operadores do direito visando ao aperfeiçoamento do tecnicismo processual na busca de uma justiça célere e justa. Todavia, muitas vezes, o juiz, diante da pressão da sociedade que quer ver a justiça feita a qualquer custo, deixa de dar a devida importância na análise de determinadas provas que, se fossem analisadas de forma profunda, poderiam modificar o seu livre convencimento motivado.

Outro fator que também traz consequência negativa para o bom andamento processual relaciona-se ao investimento insuficiente para se ter uma máquina administrativa judiciária que atingisse o ideal para a demanda por justiça observada hoje em nosso país, o que significa sobrecarga de trabalho para magistrados e seus auxiliares, fator que intensifica a possibilidade de o provimento jurisdicional não atingir a rapidez e eficácia desejadas pelos militantes do direito e a sociedade em geral.

---

<sup>1</sup> - WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil v.1. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, RT, 2006, p. 399.

## CONCLUSÕES

Chegou-se à conclusão de que a prova pericial é um dos meios de prova mais oneroso para o ordenamento jurídico processual. Além de ser produzida por profissional de alto nível de conhecimento técnico/científico, utiliza-se de tempo que às vezes duram meses para a conclusão dos trabalhos e, ainda, corre o risco de não ser admitida no processo.

Ocorre que, em geral, no saneamento do processo o juiz, a pedido das partes, admite a prova pericial requerida, mesmo porque, se vier a indeferi-la, certamente terá sua decisão reformada pela instância superiora, por violação ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, o juiz poderá não acolher o laudo pericial, caso em que deverá motivar a sua decisão, amparado pelo Art. 436 do Código de Processo Civil, por não estar adstrito ao laudo pericial. Verifica-se, nesse caso, que houve dispêndios de tempo e dinheiro suportados pelas partes ou pelo Estado, no caso de hipossuficiência, sem nenhum aproveitamento técnico.

A prova pericial é um meio comprobatório muito importante na formação do provimento jurisdicional; sendo que o perito deverá ser escolhido de preferência entre os técnicos especializados na matéria a ser periciada e, principalmente, ser de confiança do juiz, requisito fundamental de escolha.

Preferencialmente com formação em curso superior, o perito há que ter reputação ilibada e conhecimento técnico especializado naquilo que faz, cumprindo com sua função de forma esmerada, levando ao juiz condutor da causa, a sua visão acerca do ilícito cometido na seara de sua competência, e este de forma justa, infligir ou não uma sanção ao agente cometedor de um ato ilícito.

Podemos concluir que o trabalho elaborado pelo perito é um dos meios de prova de grande relevância para que seja alcançado um provimento jurisdicional que atinja, realmente, o seu fim social; portanto, se torna indispensável à solução de determinados litígios, quando necessariamente requeridos.

Porém, não estando o juiz adstrito ao trabalho do perito, poderá fundamentar sua decisão em outras provas cabais constantes dos autos e capazes de embasar a sua motivação necessária e obrigatória para tal situação. Trata-se de atitude admitida pelo ordenamento jurídico vigente, desde que não transgrida o acesso à ordem jurídica justa.

A prova constitui, assim, numa forma de aproximação por meio da qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou da inoocorrência de um acontecimento; saliente-se o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo. Estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade.

Conclui-se que a prova pericial deverá ter um provimento jurisdicional justo, célere e num prazo razoável, pois se o prazo for longo causará descrédito à população em relação à atividade jurisdicional do Estado. E também, a negativa à parte da produção de tal meio de prova, poderá ensejar outros atos processuais, o que, certamente, resultará protelação na prestação da tutela jurisdicional. Enfim, o uso mais constante da prova pericial poderá incrementar o princípio da economia processual e fazer com que o direito possa ser realizado na forma de justiça para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros, 2008.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 4. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. Efetividade do Processo e Técnica Processual. Editora Malheiros. São Paulo. 2006.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Da conduta do juiz. Editora Saraiva. 2ª edição revisada. São Paulo, 2000.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Edipro Edições Profissionais Ltda. 1ª edição. 2001.
- \_\_\_\_\_. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Tradução Alfredo Fait. 3ª edição. Editora Mandarim. 2000.
- BOLOGNESI, João. Português Forense. 10ª edição. Editora Damásio de Jesus. 2010.
- CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Vol.1. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Bookseller Editora e distribuidora. Campinas/SP. 1999.
- \_\_\_\_\_. Direito Processual Civil. Vol.3. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Bookseller Editora e distribuidora. Campinas/SP. 1999.
- CAMBI, Eduardo, Direito Constitucional à prova no Processo Civil, Vol. 3, Editora Revista dos Tribunais, ano 2001.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processual Penal. Editora Saraiva. 14ª edição. Ano 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1999.
- CARNEIRO, Athon Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. 11ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das leis do trabalho. 27ª edição atualizada e ampliada por Eduardo Carrion, São Paulo, Saraiva, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil. Traduzido por Lisa Pari Scarpa. 4ª. ed., Bookseller Editora e Distribuidora. Campinas, São Paulo, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 5ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 1985.
- \_\_\_\_\_. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo, Malheiros, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. CAPEZ, Fernando. ROSA, Márcio Fernando Elias. SANTOS, Marisa Ferreira dos. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição, Editora Saraiva 2007, São Paulo.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 5ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1985.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO. São Paulo. Editora Saraiva. 6ª edição, 1996.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Norma Brasileira de Contabilidade: NBC-T-13 Da perícia Contábil; NBC-P-2 Normas Profissionais do Perito.

COSTA, Ilton Garcia da. Previdência privada como elemento de desenvolvimento social sustentável, In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (coordenador). Responsabilidade Social das Empresas. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2007. Constituição Federal de 1988, 20 anos depois. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu – O poder dos Juízes – 3ª edição, 2008, Editora Saraiva.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 7ª edição. São Paulo, LTr Editora, 2008.

DELLEPIANE, Antônio. Teoria da prova. 1ª ed., Campinas: ME Editora e Distribuidora, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 9ª edição, Editora Jus Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 2ª edição, Editora Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo. 14ª edição. Editora Malheiros, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo, Atlas, 2003.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil. 6ª edição revista e atualizada até a lei 11.382/06. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana, In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Ednilson Donisete (Coords). Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2009.

GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1997.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007.



JOLIVET, Régis, Tratado de filosofia, III – Metafísica, tradução de Maria da Glória Pereira Pinto Alcure, 2ª edição. Rio de Janeiro. Livraria Agir Editora, 1972.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Martins Fontes. 2003. São Paulo.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 11ª edição. São Paulo. Editora Método, 2007.

LIMA FILHO, Alceu Amoroso; POZZOLI, Lafayette (organizadores). Ética no novo milênio “busca do sentido da vida”. Coleção Instituto Jacques Maritain. 3ª edição. São Paulo, LTr, 2005.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Traduzido por Paolo Capitanio. 6ª edição. Campinas. Bookseller, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Volume 1. Teoria Geral do Processo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2006.

MENDES, João de Castro. Do conceito de prova em processo civil. São Paulo: Edições Ática, 2000.

MORAIS, Michele Nogueira. Prática de Processo do Trabalho. 1ª edição. São Paulo. Cautela, 2006.

MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

NEGRÃO, Teotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. Colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 32ª edição. São Paulo. Saraiva. 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1994.

POZZOLI, Lafayette. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Ensaio em homenagem a Franco Montoro Humanista e Político. Edições Loyola. São Paulo. 2001, p. 283.

\_\_\_\_\_. LIMA FILHO, Alceu Amoroso. Ética no novo milênio: busca do sentido da vida. 3ª edição. São Paulo, LTr, 2004 – Coleção Instituto Jacques Maritain.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. As provas como instrumentos de efetividade no processo civil. 1. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SÁ, Antônio Lopes – Perícia Contábil, 7ª edição. São Paulo. Editora Atlas, ano 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Max Limonad, v. I;

\_\_\_\_\_. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º Vol. Editora Saraiva. 18ª edição. 1997.

SILVA, Nelson Finotti. Repercussão geral no recurso extraordinário. In: XXXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, 2008, Rio Quente/GO, 20 anos da Constituição Federal: Contribuições e desafios da Advocacia Pública – Goiânia/GO: Kelps, 2008, v.2.

SOUSA, Miguel Teixeira. Introdução ao Processo Civil. 2ª edição. Lisboa. Editora Lex. 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I, 26ª edição. Revista Forense. Ano 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol.1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8ª edição. Editora Revista dos Tribunais. Ano 2006.