

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

CÁSSIO ROBERTO DOS SANTOS

**PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: O PAPEL DO JUIZ NA
BUSCA PELO EFETIVO E JUSTO PROVIMENTO JURISDICIONAL**

MARÍLIA
2013

CÁSSIO ROBERTO DOS SANTOS

PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: O PAPEL DO JUIZ NA
BUSCA PELO EFETIVO E JUSTO PROVIMENTO JURISDICIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado; linha de pesquisa: construção do saber jurídico), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. LAFAYETTE POZZOLI

MARÍLIA
2013

Santos, Cássio Roberto dos

Prova no direito processual civil: o papel do juiz na busca pelo efetivo e justo provimento jurisdicional / Cássio Roberto dos Santos; orientador: Lafayette Pozzoli. Marília, SP: [s.n.], 2013.

162 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

1. Direitos fundamentais. 2. Efetividade processual. 3. Processo justo. 4. Poderes instrutórios. 5. Magistratura.

CDD: 341.412



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000

Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Cássio Roberto dos Santos

Título: “Prova no Direito Processual Civil: o papel do Juiz na busca pelo efetivo provimento jurisdicional”.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Aos vinte e cinco dias do mês de maio de dois mil e treze, com início às 10h, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores: Dr. Lafayette Pozzoli, orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr. Fernando de Brito Alves (docente da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho/PR), arguiu o candidato, tendo o examinado sido Aprovado, com nota 10,0 (Dez -). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

Entrega de exemplar encadernado em 30 dias, contada da presente data.

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI (Orientador) _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. FERNANDO DE BRITO ALVES _____
(IES: UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho/PR)

MESTRANDO: CÁSSIO ROBERTO DOS SANTOS _____

Marília, 25 de maio de 2013.

Lafayette Pozzoli
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM



*Dedico este trabalho a meus pais,
Maria de Lourdes Souza Santos e José
Roberto dos Santos, eternos incentivadores
ao estudo e crescimento pessoal, sem os
quais jamais teria chegado onde estou*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos prezados colegas do mestrado, pois o retorno ao meio acadêmico e o compartilhamento de ideias e experiências, com diversos setores do Direito, trouxe-me novo olhar para o exercício da magistratura.

Rendo especial agradecimento ao colega Wilson Canci Júnior, ilustre membro do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, grande incentivador do retorno aos bancos da academia.

Particular agradecimento também ao Dr. Lafayette Pozzoli, o qual durante o processo de orientação demonstrou seu lado humano e sábio, certamente adquirido durante os vários anos dedicados ao ensino e disseminação do conhecimento.

*"Tem fé no Direito, como o melhor
instrumento para a convivência humana;
na Justiça, como destino normal do
Direito; na Paz, como substituto bondoso
da Justiça; e, sobretudo, tem fé na
Liberdade, sem a qual não há Direito,
nem Justiça, nem Paz".*

(Eduardo Couture)

SANTOS, Cássio Roberto dos. **Prova no Direito Processual Civil: o papel do juiz na busca pelo efetivo e justo provimento jurisdicional**. 2013. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

A presente dissertação, dentro da linha de pesquisa de crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, intitulada “Prova no Direito Processual Civil: o papel do juiz na busca pelo efetivo e justo provimento jurisdicional”, tem como objetivo a análise do direito à prova, principalmente sob a vertente do Direito Constitucional, bem como da função do juiz na condução do processo, com ênfase para a produção da prova e sua valoração, chegando-se à discussão acerca da ligação entre Direito Probatório e efetividade da justiça. Busca-se avaliar o papel do juiz dentro do atual contexto do Direito Processual Civil, sem deixar de lado algumas comparações, seja sob o aspecto histórico, seja em vista do Direito alienígena. Sob tal enfoque, busca-se apreciar as nuances do Direito Probatório, bem como as atribuições e vedações impostas ao juiz na condução do processo civil. Durante o estudo transitou-se por aspectos históricos, doutrinários e jurisprudenciais, entre outros que se mostraram relevantes. Seguindo na linha mencionada, fez-se incursão na questão atinente aos poderes instrutórios do juiz, ressaltando a grande relevância que assumiu no Direito Processual Civil hodierno a figura de um juiz mais ativo, pois essa é uma das maneiras de se garantir a paridade das partes e a preservação dos direitos fundamentais, os quais estão intimamente relacionados com o Direito Probatório. Durante o trabalho foi retratada, a evolução histórica tanto do Direito Probatório como do papel do juiz no processo civil, demonstrando-se o grande avanço vivenciado em ambos os campos, o que, em certa medida, acompanhou a evolução da sociedade. Também se procurou aclarar e trazer à tona alguns conceitos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema efetividade da justiça. Traçado o panorama acima, por fim, como ponto nodal do estudo, esclareceu-se a relação e interação entre o papel do juiz, no que se refere à colheita das provas e sua valoração, a função das partes, com ênfase para um possível direito fundamental à prova, bem como e até que ponto a atividade julgadora e o comportamento das partes têm influência no resultado do processo, sempre tendo como parâmetro o melhor aproveitamento dos atos processuais e a decisão que mais se aproxime do ideal de justiça, pois esses dois conceitos são os que melhor traduzem a efetividade da justiça.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Efetividade processual. Processo justo. Poderes instrutórios. Magistratura.

SANTOS, Cássio Roberto dos. **Proof in civil procedural law: the role of the judge in the search for effective and fair judicial appointment.** 2013. 162 f. Thesis (Master of Law) – University Center Eurípides de Marília, Educational Foundation “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

This thesis within the research line of criticism of the foundations of legal dogmatics, entitled “Proof in Civil Litigation: the role of the judge in quest for fair and effective Constitutional Provision”, aims at analyzing the right to test, especially under the aspect of constitutional law, as well as the role of the judge in conducting the process, with emphasis on the production of evidence and its evaluation, coming up to the discussion about the connection between law of evidence and effectiveness of justice. We seek to evaluate the role of the judge in the current context of the Civil Procedure Law, without leaving aside some comparisons, either under the historical aspect, in view of the law is alien. Under this approach, we seek to appreciate the nuances of the law of evidence, as well as the duties and prohibitions imposed by the judge in the conduct of civil procedure. During the study it passed by historical, doctrinal and jurisprudential, and others that were relevant to our eyes. Following the line mentioned, we foray into question comes to the powers of investigation is judge, emphasizing the great importance that took the Civil Procedural Law today's figure of a judge more active, because according think this is one of the ways to ensure parity of the parties and preservation of fundamental rights, which are closely related to the law of evidence. During the work was portrayed the historical evolution of both the law of evidence as the role of the judge in the civil case, demonstrating the great progress in both fields, which, to some extent, followed the evolution of society. It also sought to clarify and bring out some concepts and understandings of doctrine and jurisprudence on the subject of justice effectiveness. Trace the picture above, finally, as a nodal point of our study, it tried to trace the relationship and interaction between the role of the judge as regards the collection of evidence and its evaluation, the role of the parties, with emphasis on a possible right fundamental proof as well, and to what extent the activity of judges and behavior of the parties influence the outcome of the process, always having as parameter the best use of procedural acts and the decision that most closely the ideal of justice, because according think these two concepts are those that best reflect the effectiveness of justice.

Keywords: Fundamental rights. Procedural effectiveness. Fair process. Investigation powers. Magistracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – DIREITO PROBATÓRIO: ASPECTOS HISTÓRIOS E FUNÇÃO	14
1.1 O Processo e a Prova	14
1.2 Evolução Histórica e Direito Comparado.....	18
1.3 Conceito de Prova.....	21
1.4 Princípios do Direito Probatório.....	24
1.4.1 Devido Processo Legal	24
1.4.2 Princípio do Contraditório	26
1.4.3 Princípio da Ampla Defesa.....	28
1.4.4 Vedação à Utilização de Provas Ilícitas	29
1.4.5 Princípio do Livre Convencimento Motivado.....	32
1.4.6 Princípio da Aquisição Processual ou Comunhão das Provas.....	33
1.4.7 Princípio da Atipicidade da Prova.....	34
1.4.8 Princípio da Oralidade.....	34
1.4.9 Princípio da Identidade Física do Juiz.....	35
1.5 Natureza Jurídica das Normas de Direito Probatório	36
1.6 Objeto e Destinatário da Prova.....	38
1.7 Relevância e Fundamento da Prova.....	40
1.8 Prova e Verdade.....	41
1.8.1 A Verdade.....	42
1.8.2 Verdade Real, Formal e Processual.....	43
1.9 Meios de Prova	45
1.9.1 Provas Atípicas	46
1.9.2 Meios de Prova Moralmente Legítimos	48
1.9.3 Ativismo Judicial e Provas	49
CAPÍTULO 2 – PROVA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL	56
2.1 Direito Constitucional como Fundamento da Positivção do Sistema.....	56
2.2 Constitucionalização do Direito Processual Civil	57
2.3 Direito Processual como Direito Público	59
2.4 A Função Social do Processo	60
2.5 Direito Coletivo e Processo Social	62
2.6 Prova Como Direito Fundamental.....	63
2.6.1 Algumas Considerações Sobre os Direitos Fundamentais	63
2.6.2 Prova como Direito Fundamental.....	65
2.7 Dignidade Da Pessoa Humana e Prova	68
2.8 Ônus da Prova e Direito Constitucional	70
2.8.1 Dever e Ônus	70
2.8.2 Ônus da Alegação.....	74
2.8.3 Inversão do Ônus Probatório	75
2.8.3.1 O Legislador e a Inversão do Ônus da Prova	78
2.8.3.2 Inversão do Ônus e Modelo Constitucional de Processo	80
2.8.3.3 A Inversão do Ônus Probatório e a Efetividade do Processo	81
2.8.4 Ônus Objetivo e Subjetivo da Prova	82

2.8.5 Contraditório: Superação do Ônus da Prova Estático	83
2.8.6 Princípio Dispositivo e Ônus da Prova.....	87
2.8.7 Carga Dinâmica do Ônus Probatório.....	89
2.8.9 Inversão Consensual do Ônus da Prova	94

CAPÍTULO 3 – O JUIZ E A PROVA: INSTRUMENTOS PARA A OBTENÇÃO DE DECISÕES JUSTAS E EFETIVAS

3.1 Algumas Premissas.....	96
3.2 Efetividade da Justiça e a Prova	97
3.2.1 Aumento da Demanda e Ineficiência Estatal.....	98
3.2.2 Noção de Efetividade	100
3.2.3 Justiça e Efetividade	101
3.2.4 O Justo Como Valor Humano	102
3.2.5 Efetividade Objetiva da Justiça	105
3.2.6 Efetividade Subjetiva da Justiça	105
3.2.7 Processo Justo.....	107
3.3 O Processo Justo como Instrumento de Efetividade da Justiça.....	108
3.4 O Juiz e seus Poderes Processuais.....	111
3.4.1 Poderes Instrutórios: Aspectos Históricos.....	111
3.4.2 Processo Civil e Processo Penal: Papel Distinto do Julgador	114
3.5 Elementos Sociais como Fator de Transformação do Poder Judiciário	116
3.5.1 A <i>Internet</i> e o Judiciário	116
3.5.2 Economia e Judiciário	118
3.5.3 Coletivização do Direito e Direitos Sociais.....	120
3.6 Mudança de Paradigma do Papel do Julgador como Consequência da Evolução Social.....	124
3.6.1 Poderes Instrutórios no Estado Moderno.....	125
3.6.2 Fortalecimento dos Poderes do Julgador no Estado Moderno	128
3.6.3 Estrutura e Formalismo: Obstáculos a Serem Superados.....	130
3.7 Algumas Questões Controvertidas	132
3.7.1 Revelia e Poderes Instrutórios.....	132
3.7.2 Desistência da Ação e o Papel do Julgador	134
3.7.3 Busca pela Verdade e Princípio Dispositivo	135
3.7.4 Proporcionalidade e Dever de Cooperação	138
3.7.5 A Imparcialidade e a Busca por Provas.....	141
3.8 Julgador Ativo e os Riscos Sistêmicos.....	143
3.9 A Prova como Meio de se Garantir Acesso ao Provimento Jurisdicional Justo e Efetivo	145
3.10 O Juiz, as Provas e o Bem Julgar	147

CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS	157
-------------------	-----

INTRODUÇÃO

O texto que ora é apresentado busca discutir, em síntese, o papel do magistrado frente ao Direito Probatório, isso em vista de resultados práticos do processo, ou seja, efetividade e resultados, capazes de alterar a realidade fática vivenciada pelas partes envolvidas no litígio.

O objetivo das ideias propostas é reforçar o papel do julgador, como agente estatal responsável pela concretização das normas e princípios previstos no ordenamento interno, especialmente na Magna Carta. Acredita-se que com tal postura, as chances de processos equilibrados e justos é potencializada.

A fonte de inspiração tem duas vertentes muito claras, a primeira vem do exercício da magistratura pelo autor e a outra se encontra nas aulas do Curso de Mestrado do UNIVEM, especialmente a disciplina sobre provas no Direito Processual Civil.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro o foco é o Direito Probatório; no segundo, algumas novidades do Direito Probatório; e, por fim, no terceiro, expõe-se o ponto central do estudo, ou seja, a busca da efetividade da justiça por meio da atuação jurisdicional frente às provas.

Partindo desta premissa, o primeiro capítulo é inaugurado com algumas considerações sobre o processo e a prova, reavivando conceitos básicos do Direito Processual Civil com a finalidade de fazer uma espécie de iniciação para o tema proposto, em especial no que toca às provas e à atuação do julgador na busca por provimentos jurisdicionais justos e efetivos.

Após algumas breves considerações sobre aspectos e institutos processuais consagrados, tais como processo, instrumentalidade, escopos da jurisdição e relação jurídico-processual, adentra-se no tema provas no processo civil.

Expõe-se o conceito de prova, por meio de alguns ensinamentos doutrinários consagrados, bem como concepções pessoais do autor. Ao passar-se pela análise do conceito de provas mencionam-se aos princípios que, direta ou indiretamente, estão relacionados com o Direito Probatório, dentre os quais devido processo legal, contraditório, ampla defesa, vedação às provas ilícitas, livre convencimento motivado do julgador, aquisição processual ou comunhão das provas, tipicidade da prova, oralidade e identidade física do julgador.

Posteriormente, define-se o que pode ser objeto da atividade probatória das partes e do julgador, para após indicar-se quem seria o destinatário das provas.

Também se expõe o que vem a ser a relevância e o fundamento das provas, oportunidade na qual se afirmou ser a prova uma espécie de sistema nervoso central do processo, sem a qual este estaria fadado ao insucesso, bem como divorciado da efetividade.

Outro ponto ao qual se dedica atenção está ligado à verdade e à prova. Nessa altura do texto são feitas considerações sobre o que vem a ser verdade, para ao fim definir que aquela perquirida dentro da relação jurídico-processual não é a mesma vivenciada fora dos autos. Conceitos intimamente ligados à verdade, tais como verdade real e formal, também são objeto de análise. Apura-se a afirmação de ser cabível a expressão verdade processual, como sendo um termo capaz de, ao mesmo tempo, unir os outros dois, bem como definir a natureza da verdade que se obtém por meio da tentativa de reconstrução dos fatos feita pelos sujeitos processuais, em especial pelo julgador, no momento da prolação da sentença.

Como não poderia deixar de ser, também são citados, ainda que de forma resumida, os meios de prova, com a intenção de introduzir o tema e se apreciar em maior profundidade as provas atípicas, pois estas interessam mais ao estudo na medida em que são uma das formas pelas quais a prestação jurisdicional tende a atingir razoável grau de justiça e efetividade.

A possível confusão entre dever e ônus não é deixada de lado, apurando se há ou não um dever de provar ou um mero ônus, distintos um do outro, verificando se existem meios legais para se exigir eventual responsabilidade decorrente da não observância do ônus, o qual, na verdade, atinge e interessa apenas aquele que detém o encargo. O dever de provar não se confunde com o ônus de alegação, pois é com base no que as partes trazem o julgador que a demanda irá se formar, logo, a elas é carreada a obrigação de alegar os fatos sobre os quais fundamentam suas pretensões deduzidas em juízo, sob pena de inépcia de suas alegações.

A inversão do ônus da prova não escapa ao estudo, elencando-se as diversas espécies de inversão do ônus da prova e a razão da existência de tais regras. Salienta-se a inversão decorrente de previsão legal, bem como correlaciona-se ela com o modelo constitucional de processo, com a intenção de se verificar se o ônus estático da prova encontra-se, em virtude de princípios constitucionais e processuais, superado, ainda que parcialmente.

Como um dos focos do estudo é a efetividade do processo, pressupõe-se que a inversão é um dos instrumentos capazes de conferir maior efetividade aos provimentos jurisdicionais. Dentro da perspectiva constitucional do processo, a revelia e o contraditório também são mencionados sob o viés da superação do ônus estático da prova. Por fim, trabalha-se com a relação entre o princípio dispositivo e ônus da prova, oportunidade em que

alguns comentários sobre a conhecida teoria da carga dinâmica do ônus da prova são mencionados.

Seguindo o estudo, passa-se à análise do que se convencionou denominar de constitucionalização do Direito Processual Civil, momento em que o enfoque foi dado sobre a nítida influência que o Direito Constitucional tem exercido sobre a forma de se litigar e de se entregar a prestação jurisdicional.

Aproveitando o tema proposto, estuda-se que atualmente o instrumento processo assumiu nítido caráter social, sobretudo em virtude da coletivização do Direito e do surgimento do que se denomina Estado Social.

Tecem-se algumas considerações sobre os direitos fundamentais, com a principal finalidade de se sustentar que o direito à prova é reconhecido em nível constitucional e deve ser visto como direito fundamental. Dentro do mesmo contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana, em certa medida, também pode influenciar na produção e interpretação das provas.

Ao ingressar-se no tema da efetividade da justiça e sua relação com as provas, questões ligadas às deficiências do Poder Judiciário dão o tom ao discurso, ao passo que se tenta correlacionar os termos justiça e efetividade, com o objetivo de se esclarecer o que significa um e outro dentro da perspectiva do estudo.

O justo, como valor humano, é citado e dentro do grande subjetivismo que carrega o termo, procura-se trazer informações doutrinárias e concepções pessoais, sobretudo oriundas do dia-a-dia forense, como forma de se conceituar o que seria um processo justo, já que se defende ser ele também um dos meios de se garantir efetividade da justiça.

Prosseguindo, os poderes instrutórios do julgador têm a devida atenção. Em primeiro lugar, visita-se os aspectos históricos, a fim de compreender que o papel e função do julgador passa por diversas fases, evoluindo juntamente com a sociedade. Desmistifica-se a corriqueira confusão decorrente da equiparação entre os poderes do julgador no campo do processo civil e penal. Afinal, diante de recentes reformas, seja no Direito Processual Civil ou Penal, que não existe contradição ao se afirmar que houve potencialização dos poderes instrutórios do julgador no campo do Direito Processual Civil, uma vez que não é correta a afirmação de que as reformas do Direito Processual Penal tentam afastar o julgador nos momentos processuais do deferimento e produção das provas.

Elementos sociais são mencionados e apontados como fatores de transformação do Poder Judiciário. Dentre tais elementos, ênfase para a informatização, a economia e a massificação das relações sociais.

Diante do exposto, deixa-se claro que o papel do julgador evoluiu e juntamente com tal evolução a atuação do magistrado no campo das provas também sofreu mutação. No Estado moderno os poderes instrutórios do juiz foram potencializados, em razão principalmente de questões sociais citadas e que serão aprofundadas no trabalho.

Em seguida, pontua-se algumas questões polêmicas ligadas aos poderes instrutórios do magistrado, dentre as quais a revelia e os poderes instrutórios, busca pela verdade e princípio dispositivo, dever de cooperação entre os sujeitos processuais e a imparcialidade e a busca por provas.

Desta forma, a principal finalidade do estudo é o teste da hipótese de que a prova é um importante meio de se garantir acesso a provimentos jurisdicionais justos e efetivos, assim como que o julgador é o ator principal disso tudo, pois é por meio dele que a utilização racional dos meios de prova torna possível a obtenção de decisões justas e efetivas.

Em termos metodológicos, adota-se o método hipotético-dedutivo, utilizando pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Trata-se de pesquisa qualitativa face à integração promovida entre as variáveis diante de um estudo complexo e pesquisa exploratória por promover a integração entre todas as variáveis ao final do estudo.

Um estudo sobre o papel do magistrado justifica-se porque no contexto do Pós-positivismo o Judiciário deixou de ser o órgão que apenas aplica a norma em abstrato em termos estritos, devendo interpretá-la para adequação em termos constitucionais. Com efeito, é dever do magistrado buscar em sua atividade a efetivação dos postulados da justiça, embora seja preciso apurar com atenção quais os limites deste dever para a manutenção de sua imparcialidade.

CAPÍTULO 1 – DIREITO PROBATÓRIO: ASPECTOS HISTÓRIOS E FUNÇÃO

1.1 O Processo e a Prova

O processo é uma entidade abstrata, ou seja, o que se costuma manusear não é o processo, mas sim os autos. Assim, processo não é composto por documentos e outros papéis, mas sim por institutos jurídicos, criados e consagrados durante a evolução e reconhecimento do Direito Processual Civil como ramo autônomo e científico do Direito.

É por isso que a doutrina diz que o processo é definido, regra geral, como uma entidade complexa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 291) composta basicamente por dois elementos, quais sejam, relação jurídico-processual e procedimento.

A visão do processo como relação jurídica deve-se, segundo ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 298), a Oskar Von Bülow, que em 1868 por meio da sua conhecida obra “Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias” expôs as bases da doutrina sobre o processo como relação jurídica, de tal ordem que a obra em questão é reconhecida praticamente de forma unânime como a responsável por inaugurar a fase do Direito Processual como ciência, fornecendo bases para o nascimento do Direito Processual Civil como ramo autônomo. Cumpre observar que embora não seja imune a críticas, a teoria de Bülow é aceita até os dias atuais e é muito difundida no Brasil.

Explanam Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 291-292), ao sintetizarem e aclararem alguns conceitos da doutrina de Bülow:

a aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como foi feito desde o aparecimento desta, que o processo seja a própria relação, processual, isto é, que o processo e relação processual sejam expressões sinônimas. Como já ficou indicado acima, o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual. [...] O processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento).

O processo é temperado por outro elemento muito conhecido pelos brasileiros, elevado à categoria de garantia constitucional, o contraditório. Conforme se extrai do trecho acima transcrito, a relação jurídica, que é parte integrante do conceito de processo, baseia-se em uma série de posições jurídicas, ônus e sujeições, de modo que ela pode até mesmo ser

confundida com o próprio princípio do contraditório, não sendo por acaso que Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 293) afirmam que "o processo é procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório"¹.

O processo é reconhecido como o instrumento primordial da Jurisdição, ou seja, é por meio dele que o Estado entrega ao jurisdicionado o pronunciamento estatal requerido. Outra afirmação muito conhecida e difundida no meio doutrinário é que a jurisdição, ou mesmo o processo, já que este é instrumento daquela, possui três fins ou escopos, quais sejam: jurídico, social e político. O primeiro consiste na atuação concreta da vontade da lei. O segundo em promover o bem comum por meio da pacificação social, eliminando-se os conflitos e cientificando-se as pessoas dos próprios direitos e dos alheios. O terceiro, por fim, atua no sentido de fazer com que o Estado busque sua afirmação como Poder, além de abrir espaço para que as pessoas atuem em nome próprio, porém em relação a direitos que interessem a grupos indeterminados de pessoas, tal como se pode presenciar no caso da ação popular, das ações coletivas, entre outras (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 75-77).

Nos dias atuais, com toda a evolução pela qual passa o Direito, não fugindo à regra o Direito Processual Civil, os escopos ou fins da jurisdição ou do processo não podem ser vistos de forma isolada pelo legislador e operadores do Direito, devendo haver, obrigatoriamente, uma espécie de simbiose entre eles, abandonando-se a antiga concepção de que o objetivo primordial do processo ou da jurisdição seria apenas o jurídico.

Atualmente se está em um patamar muito além dessa visão simplória, já que tanto tem se falado em efetividade da justiça, processo coletivo, visão social do Poder Judiciário, entre outros temas correlatos. Não é por outra razão que Dinamarco (2005, p. 186) verbera:

por isso que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os limites do Direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado Social.

¹ Prosseguem Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 293): "Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. [...] É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presentes o contraditório".

Como se nota, o processo de hoje tem a função instrumental de tornar concreta a vontade da Lei, porém não pode mais deixar de lado os aspectos social e político da jurisdição.

O mundo, após a Revolução Industrial (BLAINEY, 2004, p. 199)², passou por transformações velozes. Duas grandes guerras marcaram o século XX. Recentemente experimentou-se um grande avanço tecnológico e muitas mudanças na forma como as pessoas se relacionam, bem como adquirem bens e utilizam serviços, sobretudo após a massiva utilização da informática e do surgimento da *Internet*. Com tudo isso, necessariamente, a forma de se litigar mudou. Muitas pessoas que antes não tinham acesso à justiça passaram a tê-lo. Diversas causas, antes afastadas dos balcões do Judiciário, começaram a por lá aportar. Surgiram diversos movimentos e debates doutrinários sobre a facilitação do acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10-13) e várias situações da vida cotidiana, bem como algumas questões políticas, passaram a ser apreciadas pelo Poder Judiciário, neste último caso justificando o que se convencionou denominar ativismo judicial (MERGULHÃO, 2010, p. 134). A própria forma do Poder Judiciário prestar seu serviço essencial tem sofrido profundas mudanças, já que se entrou, definitivamente, na era do processo digital.³

Com todas essas novidades, uma sempre presente preocupação, logística, estrutural, funcional e jurisdicional, ganhou destaque e assumiu o palco de diversos debates e estudos no último século. Trata-se do problema do tempo no processo, celeridade processual, duração razoável do processo, entre outras denominações. No Brasil, em vista dos contornos que ganhou a questão, o legislador nacional, sem perder o hábito de tentar mudar a realidade por meio de leis, editou a Emenda Constitucional n. 45, a qual, entre outras coisas, previu no inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição da República que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Como se nota, se de um lado busca-se com tanta ênfase a celeridade, a efetividade da justiça, a resposta no tempo mais breve possível, de outro há e sempre houve a interminável preocupação com a segurança jurídica, de modo que não se pode abandonar as fórmulas,

² Destaca-se a importância da Revolução Industrial, a qual teve início no século XVIII, na Inglaterra e relata-se que em 1801, o *Annual Register*, um livro popular de crônicas sobre os acontecimentos do ano, declarou que o século que se findava havia sido notável. A ciência e a tecnologia, mais do que qualquer outro século anterior, haviam dado um grande salto adiante. Embora a Europa estivesse frequentemente em guerra consigo mesma, estava ocupadíssima espalhando ciência, religião e civilização às florestas e desfiladeiros mais afastados (BLAINEY, 2004, p. 199).

³ Sobre o tema consultar a Lei Federal n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006.

regras e princípios, a qualquer custo, em benefício da rapidez da prestação jurisdicional, se de outra parte se deixar de lado a segurança da decisão.

Lembra Lopes (1984, p. 27) que "não há confundir 'formalidade' com 'formalismo'. Só este deve ser evitado, não aquela". A atuação do Poder Judiciário deve, assim, sempre buscar conciliar estes dois elementos: rapidez e segurança dos pronunciamentos, sem abandonar as formas necessárias para a regularidade da prestação jurisdicional.

Sobre a constante preocupação acerca da conciliação entre estes conceitos, com o intuito de que o processo se desenvolva bem e da forma mais rápida possível, Dinamarco (2005, p. 282-283) afirma:

abre-se, com isso, espaço para o conhecido discurso sobre as duas exigências, geralmente contrastantes da justiça, ou seja, da celeridade e da ponderação. Sabe-se que a busca da verdade, na instrução processual, toma tempo; e que o passar do tempo, além de sujeitar a riscos de deterioração o próprio resultado jurídico do processo, prolonga as angústias do conflito e o estado de insatisfação que o serviço jurisdicional visa a eliminar. Com razão, foi dito que o tempo é o inimigo do processo e que contra ele, para evitar os males que pode causar, o juiz deve estar em estado permanente de guerra entrincheirada.

Para que a resposta jurisdicional possa ser entregue com segurança, é necessário que exista definição do Direito posto em juízo e sobre isso não se pode olvidar de que o sistema brasileiro não reconhece o chamado *non liquet*, querendo isso dizer que o órgão jurisdicional, juiz ou tribunal, quando acionado, não pode simplesmente se pronunciar de forma omissa ou negativa, ou seja, jamais poderá deixar de decidir, seja pela procedência, improcedência ou mesmo pela falta de condições do direito de ação. Sempre deverá haver uma resposta do Poder Judiciário e, desde que esteja presente o direito de ação em sentido estrito, uma resposta de mérito, pela procedência ou improcedência do pedido.

Para que o Poder Judiciário possa proferir seu pronunciamento, a lei processual traça algumas regras e procedimentos a serem seguidos, tais como requisitos da petição inicial, representatividade das partes, prazo e forma dos atos processuais, entre outros, e nesse ponto é que se chega ao início do tema que interessa diretamente à pesquisa, as provas e a atuação do julgador, em especial no que toca aos poderes instrutórios do órgão jurisdicional.

Fez-se essa breve incursão no Direito Processual, mencionando-se alguns conceitos básicos, bem como as agruras da Justiça, dentre as quais a celeridade e a segurança do provimento jurisdicional, como forma de introduzir o tema, situando a prova no contexto do Direito Processual, isso para se destacar o relevante papel que têm as provas e o juiz na busca por um provimento jurisdicional de qualidade.

Acredita-se que com o aproveitamento racional dos meios de prova, tendo o julgador como guardião dos princípios da lealdade e economia processual, sempre no controle de eventuais abusos, punindo-os severamente, potencializa-se consideravelmente as chances de obter provimentos jurisdicionais sólidos e justos, resistentes a eventuais ataques, o que, se de um lado traz a citada segurança, de outro evita a repetição de atos, as discussões desnecessárias, os recursos e os meios de impugnação protelatórios. Isso, para o autor, corresponde a trazer efetividade para a justiça.

Com relação ao tempo de duração do processo, ainda que seja necessária a instrução segura e que esta demande certo tempo, mais conveniente é praticar-se um ato uma única vez, de forma segura e com todos os cuidados necessários, do que eventualmente presenciarse o reconhecimento de nulidade futura com a necessidade de se repetir todos os atos já concretizados.

A prova, como se nota, é o fundamento da tese desenvolvida neste trabalho. É ela, desde que bem utilizada, a responsável por trazer segurança, efetividade e justiça aos provimentos jurisdicionais. Tamanha é sua importância para a existência do processo que se pode compará-la ao sistema nervoso de um ser humano. Na sua falta, o processo entraria em colapso, gerando a falência dos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário, pois a entrega da prestação jurisdicional seria feita de forma aleatória, colocando em risco as bases sobre as quais se assentaram por séculos o monopólio estatal da justiça.

1.2 Evolução Histórica e Direito Comparado

Inicia-se com as considerações sobre a origem e evolução do Direito Probatório e desde já adianta-se que a prova surge juntamente com o próprio processo, pois dele é conteúdo essencial.

Assim como aconteceu com o instrumento processo, o Direito Probatório também teve diversas fases e durante os anos passou por transformações, as quais muitas vezes foram reflexo da própria mutação e dinâmica da sociedade.

Desde o período medieval até os dias atuais muita coisa mudou. Hoje contratos e relações são mantidos em espaço virtual. A forma de comunicação e celebração de negócios sofreu radical transformação e o Direito, sobretudo o Processual, foi obrigado a se adaptar a esta avalanche de novidades, seja por meio de novos diplomas legais⁴, seja em virtude da interpretação e adaptação feita pelo próprio Poder Judiciário por meio da sua jurisprudência.

⁴ Sobre o assunto consultar a Lei Federal n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006.

A transformação da qual se fala afeta todos os que estão, direta ou indiretamente, ligados à atividade de distribuir justiça, monopólio estatal exercido pelo Estado-Juiz. Como bem se sabe, o processo digital, conceito há alguns anos atrás inimaginável, é realidade, até mesmo em locais antes tidos como de difícil acesso. Atualmente, basta que se tenha uma conexão com a rede mundial de computadores para que a vida das pessoas se transforme. Do mesmo modo, a forma de se litigar e da Justiça se pronunciar também foram afetadas por esta verdadeira revolução tecnológica.

Um simples exemplo elucidada bem o que aqui se afirma. Sobre a entrada do Poder Judiciário na era digital, segundo o *site* do TRE-PI, o Tribunal Superior Eleitoral disponibilizou para as eleições do ano de 2012, em diversos Estados, um novo sistema de transmissão de votos, via satélite, o que possibilita a contabilização de votos oriundos de locais de difícil acesso antes mesmo daqueles apurados em grandes centros urbanos⁵. Nota-se que passou a fazer parte do cotidiano palavras como certificado digital, *e-mail*, teleconferência, entre outras. O mundo mudou, e com ele o processo e a forma de instruí-lo também.

Discorrendo sobre a evolução e a história das provas judiciais, elucidativos são os ensinamentos de Echandía (2007, p. 27-29), que cita e descreve, de modo claro e distinto, cinco fases na evolução das provas judiciais:

a) *Fase étnica*, também denominada *primitiva*, a qual corresponde ao período das sociedades em formação, quando existia somente um sistema processual rudimentar e as provas eram entregues ao empirismo particular das pessoas, de modo que a prova, a depender da região e sociedade, apresentava características próprias.

b) *Fase religiosa* ou *mística do Direito Canônico*, a qual era baseada na ignorância e no fanatismo religioso. Durante esta fase eram utilizados sistemas probatórios arbitrários e absurdos, como os denominados juízos de Deus (duelos, provas da água e do fogo, entre outros).

c) *Fase legal*, mais propriamente denominada *tarifária*, uma vez que a prova estaria vinculada a uma tarifação legal e rigorosa de valoração. Foi um grande avanço na época, porém hoje não mais se justifica.

d) *Fase sentimental*, melhor descrita como fase da *íntima convicção moral*, a qual se originou com a revolução francesa, como uma espécie de contradição à fase da prova tarifária,

⁵ Disponível em: <<http://www.tre-to.jus.br/noticias-tre-to/2012/Agosto/locais-de-votacao-de-dificil-acesso-no-tocantins-contarao-com-pontos-de-transmissao-de-dados-via-satelite>>. Acesso em: 30 out. 2012.

sobretudo no que toca ao processo penal. Esta fase seria baseada na absoluta liberdade para se valorar a prova, sem a sujeição a nenhuma regra que não a convicção de jurados leigos.

e) *Fase científica*, a qual atualmente impera nos códigos processuais modernos, baseada na valoração de acordo com o entendimento crítico e por julgadores capacitados para fazê-lo.

Echandía (2007, p. 28) ainda afirma que as últimas quatro fases da evolução do conceito de provas judiciais e sistemas probatórios, ainda que aproximadamente, estão definidas na história europeia, a partir da queda do Império Romano, por haver produzido uma espécie de rompimento na civilização jurídica e social que Roma havia elevado a altos níveis, a partir de quando por muitos anos imperou um misto de barbárie e de fanatismo religioso, gerando procedimentos judiciais absurdos.

Prossegue Echandia (2007, p. 28) afirmando que, em relação ao moderno sistema probatório, o processo dos dias atuais deve ser oral, com algumas restrições, isto é, inquisitivo, para que o juiz investigue officiosamente a verdade e com liberdade de apreciar o valor da convicção sobre as provas, segundo as regras da saudável crítica, baseadas nos princípios da sociologia e da lógica e nas máximas de experiência, estando sujeito apenas às formalidades que as leis materiais contemplam sobre a substância dos atos, ou seja, solenidades necessárias para a existência e validade de certos atos e contratos.

Por fim, Echandia (2007, p. 29) arremata que como consequência da Revolução Francesa, implantou-se na França e logo mais em toda a Europa o sistema oral e a livre apreciação das provas, ao menos no que toca ao processo penal. Ao contrário, no processo civil, conservou-se o sistema das provas tarifadas e um procedimento escrito, com juízes permanentes que representavam o Estado, porém ultimamente está se generalizando o princípio inquisitivo probatório e a livre apreciação pelo juiz, ao mesmo tempo em que sua prática tem sido implementada pela oralidade em audiência.

Neste sentido é oportuna a observação de Lopes (2007, p. 23), ao consignar que "o momento atual revela predominância da oralidade, preocupação com a simplificação e celeridade do processo e fortalecimento dos poderes do juiz". Lopes (2007, p. 28-29) afirma ainda, na mesma obra, que não há qualquer dúvida de que o caráter misto, inquisitório e acusatório é o que prepondera em todos os sistemas processuais modernos. No Brasil, por meio do que se interpreta do sistema legislativo, encontra-se neste grupo de sistemas mistos.

Iniciou-se a trajetória do trabalho com procedimentos rudimentares de colheita de provas, para se chegar ao patamar dos dias de hoje, mas se continua em constante adaptação, sobretudo em vista da revolução tecnológica que se presencia. O Poder Judiciário, e em

especial o juiz monocrático, não pode fechar os olhos para as novidades. Por vezes, a adaptação das leis não ocorre no mesmo ritmo frenético da transformação social, de modo que é exigido do julgador de hoje que seja um verdadeiro visionário. Deve ele enxergar além do seu tempo, antecipando-se, de forma a garantir que a prestação jurisdicional seja feita com a máxima qualidade.

Esta nova postura é muito marcada no campo das provas, sendo o magistrado obrigado a adaptar-se e a acompanhar as mudanças sociais, a fim de que possa instruir os processos de modo seguro e eficaz. Vive-se o tempo no qual do julgador é esperada conduta ativa e eficiente. Deve-se extrair o máximo proveito do sistema acusatório e inquisitivo, sem abandonar a posição de equidistância, porém sem também entregar o processo à sorte dos litigantes.

1.3 Conceito de Prova

Por meio do que já se anunciou, percebe-se que a prova constitui verdadeiro centro nefrágico do processo, ou seja, a busca de uma decisão, especialmente, uma que seja justa e efetiva, depende sobremaneira da forma como a prova foi produzida e será apreciada. Não é por outro motivo de Marques (1972, p. 280) afirma ter o processo de cognição a prova como um dos seus institutos de fundamental importância, a fim de que atinja a sua *causa finalis*.

Certo é que o papel desempenhado pelos sujeitos processuais, juízes, partes, Ministério Público, é de suma importância na produção da prova, porém é por meio desta que o julgador forma o seu convencimento e entrega a prestação jurisdicional, entendendo-se que essa prestação jurisdicional seja a resposta que mais se aproxime do ideal de justiça do caso concreto.

Partindo-se da premissa supra, com a intenção de se delimitar o tema e buscar melhor análise dos tópicos que serão tratados no presente trabalho, é importante que se procure um conceito, ainda que meramente didático, do que vem a ser prova.

Discorrendo sobre o assunto, Lopes (2007, p. 25). ensina:

tem-se, pois, que as questões de Direito não exigem demonstração, porque o juiz tem o dever de conhecê-lo (*iura novit curia*). E quanto às questões de fato, poderá haver necessidade de demonstrá-las, porque o juiz, para decidir, terá de buscar a verdade (ou, ao menos, a verossimilhança, como quer parte da doutrina). A demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre fatos) é que se dá o nome de prova [...] o vocábulo prova provém do latim (*probatio*), como o significado de verificação, exame, inspeção. De acordo com os dicionaristas, quer dizer “aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou a realidade de um fato”. Na linguagem jurídica, o termo é

empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária.

Carnelutti (2003, p. 72), por sua vez, após tratar da confusão que se faz entre os conceitos jurídico e não jurídico de prova, afirma que há consenso no sentido de que a definição jurídica de prova ou atividade probatória seja a "demonstração da verdade de um fato dada com os meios legais (por legítimos modos) ou, mais brevemente, demonstração da verdade legal de um fato". Carnelutti (2003, p. 72), na mesma passagem, faz distinção entre o procedimento para se buscar a verdade e diz que a atividade probatória dentro do processo é capaz de revelar o que denomina de verdade formal, mas dificilmente a verdade definida por ele como material, isso em virtude da forma de se proceder e dos meios utilizados para se atingir o fim almejado.

Benthan (1971, p. 21), quando se refere ao que significaria a palavra prova, diz:

o que é uma prova? No mais amplo sentido dessa palavra, se entende por tal um feito supostamente verdadeiro que se presume deve servir de motivo de credibilidade sobre a existência ou inexistência de outro feito. Para tanto, toda prova compreende ao menos direitos distintos: um, que se pode chamar de feito principal, ou seja cuja existência ou inexistência se busca provar; outro denominado feito probatório, que é o que se usa para demonstrar a afirmativa ou a negativa do feito principal. (tradução nossa)⁶.

Echandía (2007, p. 22-23), por sua vez, escreve:

dissemos antes que a partir de um ponto de vista processual é inevitável reconhecer três aspectos da noção de prova. Uma definição geral de prova deve, pois, compreender estes três aspectos da noção. Explicamos que, em sentido geral, por prova judicial se entende, tanto os meios como as razões ou os motivos contidos neles; logo, uma definição que pretenda dar um concepto amplio da prova deve incluir ambos pontos de vista. Utilizando agora estas ideias, podemos formular as seguintes definições, a partir de um ponto de vista rigorosamente processual; [...]

Provar é contribuir para o processo, pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, os motivos ou as razões para levarem o juiz ao convencimento ou à certeza sobre os feitos. Prova judicial (em particular) é todo motivo ou razão contribuinte ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levarem o juiz ao convencimento ou à certeza sobre os feitos. (tradução nossa)⁷.

⁶ No original: "que es una prueba? En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho. Por la tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal".

⁷ No original: " dijimos antes que desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de la prueba. Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción. Explicamos que, en sentido general, por prueba judicial se entiende, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos; luego, una definición que pretenda dar un concepto amplio de la prueba debe incluir

Couture (1978, p. 55), ao se referir à representação e às provas dos direitos jurídicos, pronuncia-se: "quando se examina o elenco das provas através de qualquer enumeração legislativa, tal como a contida no nosso art. 349 do Código de Processo Civil, se adverte que o juiz se aproxima das provas, para conhecer os feitos controvertidos no processo" (tradução nossa)⁸.

Destaca-se ainda os ensinamentos de Marques (1972, p. 280-281), o qual, resumidamente, afirma ser a prova um elemento instrumental destinado a garantir que as partes possam influir na convicção do juiz em relação aos fatos que elas afirmam nos autos. É também o meio pelo qual o julgador pode averiguar os fatos sobre os quais os titulares dos direitos em conflito fazem suas alegações.

Para o autor do presente texto, seguindo parte das ideias expostas acima, prova significa a atividade por meio da qual as partes, terceiros interessados, Ministério Público e julgador buscam reproduzir os fatos afirmados em juízo, a fim de comprovar suas alegações, bem como convencer o órgão julgador sobre elas.

Do conceito, extrai-se que tanto as partes, como terceiros interessados, poderiam requerer e produzir provas no processo. O Ministério Público, desde que officie no feito, também teria tal direito e o julgador, por ser o destinatário da prova, seria o sujeito processual que concentraria mais poderes no que se refere às provas, porém com algumas observações que serão feitas no decorrer do presente trabalho, em especial relativas à imparcialidade e aos poderes instrutórios. Do conceito, conclui-se que a atividade probatória tem por finalidade reproduzir os fatos afirmados em juízo, pois é por meio deles que o julgador terá segurança necessária para proferir suas decisões.

Na oportunidade em que se analisar a relação entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do magistrado, explicar-se-á que as partes controlam os fatos que são introduzidos em juízo, ou seja, não pode o juiz introduzir fatos, causa de pedir e pedidos que foram propositadamente, ou não, deixados de lado pelas partes; contudo, uma vez deduzidos perante o órgão jurisdicional, elas entregam ao Estado-Juiz a atribuição de apreciar a veracidade das alegações e adequá-las ao sistema normativo. Assim, a atividade probatória,

ambos puntos de vista. Utilizando ahora estas ideas, podemos formular las siguientes definiciones, desde un punto de vista rigurosamente procesal; [...]

Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos o las razones para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos".

⁸ No original: "cuando se examina el elenco de las pruebas a través de cualquier enumeración legislativa, tal como la contiene nuestro art. 349 del Código del Proceso Civil, se advierte que el juez se aproxima de las pruebas, para conocer los hechos controvertidos en el proceso".

com todas suas nuances, busca reproduzir os fatos alegados pelas partes, na tentativa de se efetuar a reconstrução mais fiel possível do que ocorreu e ora é trazido ao julgador.

Ainda sobre o conceito de prova, oportuno consignar que ela costuma ser estudada sob duas vertentes, quais sejam, objetiva e subjetiva.

Sob o aspecto objeto, prova é "o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo" (LOPES, 2007, p. 26). Neste sentido, para Lopes (2007, p. 26), sob o aspecto subjetivo prova "é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo".

A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo. É "o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões sobre as questões de fato" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 357-358).

Por fim, a prova é uma só, porém o enfoque dado a ela, sobretudo para fins didáticos, é que conduzirá ao aspecto objetivo ou subjetivo do Direito Probatório. Objetivo quando a perspectiva for do processo. Subjetiva quando for dos sujeitos processuais.

1.4 Princípios do Direito Probatório

A prova, assim como os demais institutos do Direito Processual, seja Civil ou Penal, está sujeita e tem como vetores interpretativos alguns princípios jurídicos, sobretudo os que estão previstos na Constituição Federal. Em virtude da relevância que eles exercem na aplicação das normas do Direito Probatório, alguns serão tratados a partir deste ponto, os quais, segundo pensa este autor, são os mais relevantes para as proposições que ora são expostas.

1.4.1 Devido Processo Legal

Em sentido geral, segundo ensina a doutrina, o conteúdo deste princípio é definido por meio do trinômio vida-liberdade-propriedade, ou seja, o direito de tutela em tal perspectiva está presente em relação aos bens da vida no sentido mais abrangente possível. Tudo o que disser respeito à vida, à liberdade e à propriedade, estará sob a proteção do devido processo legal (NERY JÚNIOR, 2001, p. 35).

Canotilho (2000, p. 492-493), remetendo à legislação portuguesa, afirma que a origem deste princípio costumam ser indicadas como sendo as disposições garantistas da Magna Carta, notadamente o seu art. 39, assim redigido:

nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país.

Como se nota, e isso é voz harmônica entre os estudiosos do Direito, o fundamento de tal princípio encontra-se na limitação do poder estatal e, por consequência, na proteção dos indivíduos frente àquele. Por tal razão, seu conteúdo é reconhecidamente amplo e isso se deve justamente para que se preste a ser verdadeiro escudo, a ser utilizado pelos integrantes da sociedade organizada contra abusos e desmandos que digam respeito à vida, à liberdade e à propriedade e que tenham sido praticados pelo Estado.

Nery Júnior (2001, p. 37), ao tratar do princípio, diz:

a cláusula *due process of Law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico [...] e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao Direito Material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.

Tido como proteção do cidadão frente ao Estado e uma espécie de regra de conduta a orientar a atuação deste, por meio dos seus órgãos e agentes, vê-se que o princípio lança seus tentáculos tanto sobre o Direito Processual, como Material, de modo que no tocante ao Direito Probatório e atuação do julgador, centro do estudo, o devido processo legal incide tanto sobre as normas substantivas quanto formais.

Embora atualmente se esteja vivendo um período de intensa publicização do Direito, costuma-se ainda dizer que o Direito Civil é um ramo do Direito Privado. Ao contrário, o Direito Processual Civil é sempre apontado como ramo do Direito Público, sobretudo pelo fato de que rege a atividade da prestação jurisdicional, serviço tipicamente público e monopólio do Estado-Juiz. Assim, o princípio do devido processo legal assume relevante papel em relação à produção das provas e à prestação jurisdicional, pois é um parâmetro, ao mesmo tempo, tanto para o Poder Público quanto para os usuários do serviço: para o primeiro, seria algo como norma de conduta e para o segundo um meio de se proteger de eventuais abusos e desvios.

Em vista do exposto, as normas do Direito Probatório previstas no Direito Material e as disposições do Direito instrumental, especificamente relativas à forma e procedimento para a produção da prova, sempre estarão regidas pelo devido processo legal. Isso significa dizer que desde a previsão do meio de prova, até a aplicação, interpretação e valoração do julgador, todo trajeto estará sendo orientado pelo devido processo legal e o fundamento para tal conclusão, acima de tudo, está na necessidade de controle do Estado, pelo próprio, sobre todos os assuntos que estiverem relacionados com os relevantes direitos da vida, liberdade e propriedade.

1.4.2 Princípio do Contraditório

Este princípio tem papel fundamental e preponderante no campo do Direito Probatório, sobretudo quanto ao momento de proposição e produção das provas, pois é por meio dele que as partes podem participar, de forma efetiva, da construção da história processual. A dialeticidade imprimida pelo princípio pavimenta o caminho para a obtenção de decisões mais justas e equânimes.

Por contraditório, deve-se entender o direito de ouvir, ser ouvido e a oportunidade de influir nas decisões a serem proferidas. Especificamente em relação ao Direito Probatório, é a possibilidade de ter acesso às provas produzidas pela parte contrária e sobre elas manifestar-se, bem como o direito de também produzir as suas, sempre dentro das regras, limites e possibilidades do sistema processual vigente.

O contraditório não deixa de ser corolário do *due process of law*, porém assume também papel individual e ganha significação própria, tanto que a Constituição Federal brasileira se refere a ele de forma expressa e distinta, quando menciona categoricamente contraditório, devido processo legal e ampla defesa.

Colhe-se na doutrina dizeres no sentido de que se tem buscado no mundo todo, e também no Brasil, celeridade na prestação jurisdicional, tanto que a denominada reforma do judiciário, levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 45/2004, fez inserir no art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, o qual trata do processo em “tempo razoável” (MERGULHÃO, 2010, p. 27-28).

Ocorre que quando se fala em processo justo, não se pode abandonar a ideia de segurança jurídica, pois se assim for há sério risco de se direcionar mais valor ao meio, em prejuízo do resultado.

Sobre o dilema entre a segurança jurídica e efetividade, Gama (2002, p. 23) diz o seguinte:

o processo, como é evidente, não pode ser instantâneo, devendo contar com um prazo razoável para a produção das provas, as quais vão formar o convencimento do juiz. A problemática toda está no fato de o prazo passar do razoável, assumindo dimensões absurdas e, por consequência, oferecer uma solução não funcional. [...] O conceito de segurança forma-se em torno do acerto da decisão firmada em bases probatórias sólidas. [...] A segurança opõe-se frontalmente à efetividade. Enquanto esta tem por fim um processo apto a resolver litígios, a segurança está voltada à indefectibilidade. De um lado, a efetividade autoriza a adoção de determinada tutela diferenciada e, de outro, a segurança a reprova.

Mergulhão (2010, p. 27), citada logo acima, entende também que "embora seja correto não se ignorar a celeridade, não é menos correto afirmar-se que não há efetividade sem contraditório e ampla defesa".

Evidencia-se que o princípio do contraditório está intimamente ligado às provas, pois é por meio delas que as partes intentam comprovar os fatos e afirmações feitos em juízo. Sem dúvida é válido dizer que o contraditório é uma espécie de exteriorização do direito de provar e discutir a prova alheia.

Não é outra a conclusão de Echandía (2007, p. 36-37), o qual, ao tratar do tema, elenca dois princípios relacionados com o Direito Probatório, denominados *principio de la contradicción de la prueba* e *principio de igualdad de oportunidad para la prueba*, ou seja, princípio da contradição da prova e princípio da igualdade de oportunidade para a prova.

Sobre tais princípios, em síntese, o primeiro significa que a parte contra aquela que se apresenta certa prova tem o direito de conhecê-la e discutir sobre ela, direito que estaria relacionado com outros princípios do Direito Probatório, quais sejam, unidade e comunidade das provas. Sobre o segundo princípio, da igualdade de oportunidade para a prova, está intimamente ligado ao primeiro, pois para se ter igualdade é preciso a contradição, porém o princípio quer significar mais, já que em verdade indica que as partes em litígio devem possuir iguais oportunidades tanto para apresentar e produzir as provas, como para contestar as apresentadas e produzidas pela parte contrária. Nada mais é do que reflexo do princípio da igualdade em sentido geral. (ECHANDÍA, 2007, p. 37).

Um princípio que às vezes é citado de forma autônoma, mas que é apenas irradiação do contraditório, é a denominada regra da *bilateralidade da audiência*, segundo a qual ninguém poderá sofrer o peso de um pronunciamento definitivo, principalmente de mérito, sem antes ser ouvido. Nada mais é, como é possível facilmente perceber, do que simples derivação do contraditório.

Assim sendo, percebe-se que o estudo acerca da produção das provas confunde-se com o estudo do próprio princípio do contraditório.

1.4.3 Princípio da Ampla Defesa

A ampla defesa, entendida como princípio, nada mais é do que uma forma de exteriorização do já estudado princípio do contraditório, pois este, conforme acima exposto, indica que as partes têm o direito de ouvirem e serem ouvidas. Neste segundo aspecto estaria a ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*.

Nesse sentido são os ensinamentos de Nery Júnior (2001, p. 135):

o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

Embora tratada aqui em tópico distinto, a ampla defesa estaria, de certo modo e grau, inserida no já estudado princípio do contraditório, embora sob perspectiva distinta e um pouco mais específica, principalmente em vista da tratativa diferenciada e individualizada que a Constituição da República dá ao aos princípios.

Silva (2005, p. 431), ao se referir ao direito de ação e de defesa, diz que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo e aí não está assegurado apenas o direito de agir, mas também o direito daquele contra quem se age. Garante-se a plenitude de defesa.

Para o presente estudo, a ampla defesa estaria principalmente concentrada na possibilidade das partes produzirem as provas que entendessem cabíveis e que fossem aceitáveis pelo sistema, como forma de comprovar os fatos e argumentos postos em juízo. Isso atenderia, também, em certo grau, a necessidade de igualdade e equilíbrio processual.

Assim, defesa, seja ela ampla ou não, é um aspecto do próprio princípio do contraditório, vista de forma um pouco mais específica e individualizada, além de estar intimamente com o próprio direito de ação, ou seja, a defesa seria uma espécie de ação ao inverso. É o direito do réu apresentar suas pretensões contrárias às do autor da demanda, a serem apreciadas, em conjunto e dentro da mesma relação jurídico-processual.

Não é por outra razão que Marques (1972, p. 115) afirma que "o réu, ao exercer sua defesa, está atuando um Direito Processual subjetivo que não defesa, substancialmente, do direito de ação".

Prossegue Marques (1972, p. 113):

o direito de defesa é em tudo semelhante ao direito de ação. Os característicos fundamentais do *jus actionis*, como direito abstrato, autônomo e público, integrando a categoria dos *direitos processuais subjetivos*, estão presentes no direito de defesa do réu. Tanto como o autor, pretende o réu que o órgão jurisdicional pronuncie uma decisão sobre o pedido dele que se exterioriza a pretensão deduzida na inicial. E isto independentemente da real improcedência da aludida pretensão, o que significa que não se subordina o direito de defesa ao resultado final da resistência oposto pela réu ao pedido do autor. Errôneo será, portanto, conceituar-se defesa como o direito do réu à improcedência de uma ação infundada.

A defesa não é, como erroneamente se costuma dizer, o direito de que a pretensão do autor seja improcedente. Na verdade, o princípio da ampla defesa prevê a possibilidade da parte que se encontra no pólo passivo da demanda apresentar suas pretensões, dentro dos limites previstos em Lei, a fim de objetar as do autor, bem como com a finalidade de convencer o julgador das suas alegações.

Sob a perspectiva do magistrado, presidente do feito, é imprescindível que ele garanta às partes, especialmente ao réu, os direitos que a ampla defesa prevê. Assim, cumpre a ele possibilitar a exposição ampla dos fatos e utilização de todas as provas permitidas em Direito, vedando abusos e permitindo que os sujeitos processuais lancem mão de todos os recursos lícitos e não vedados pelo sistema.

Assim sendo, conclui-se que a ampla defesa está inserida dentro do princípio do contraditório e é um corolário do próprio direito de ação, visto sob a perspectiva do réu.

1.4.4 Vedação à Utilização de Provas Ilícitas

Prosseguindo, outro princípio de suma relevância quando o assunto é Direito Probatório é o da *vedação à utilização de provas ilícitas*, o que conduzirá ao estudo de outros dois princípios, *proporcionalidade* e *razoabilidade*.

Com relação à vedação da utilização de provas ilícitas, a regra vem insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, assim redigido: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Sem dúvida, em vista do que já foi exposto, a prova é um direito fundamental e por isso deve ser protegido tanto pelo legislador como pelo intérprete e aplicador da Lei.

Ocorre que, embora se trate de um direito fundamental, não é ilimitado, assim como ocorre com todos os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e legislação

infraconstitucional. Sob esse aspecto, de suma importância não olvidar que quando se está diante de conflitos de interesses, previstos como direitos fundamentais, a técnica para a solução da contradição será a ponderação ou sopesamento, segundo ensina Alexy (2011, p. 93) ao consignar: "se dois princípios colidem – que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá de ceder".

O questionamento que interessa de perto é se, diante de uma situação concreta, a verdade deve ser perquirida a qualquer custo, ou haveria limites éticos, morais e legais a impedir essa busca incessante e desenfreada.

Para o autor deste trabalho, a resposta de tal indagação pode ter sido outra, em tempos remotos, porém no atual estágio de desenvolvimento da sociedade e do Direito, a resposta é não. Existem situações nas quais não são justificáveis todo e qualquer meio de prova na busca pela verdade, pois os interesses e direitos envolvidos devem orientar o procedimento em cada caso concreto posto em juízo.

Não se adentrará ao estudo das provas ilícitas, classificações, terminologias, entre outros detalhes, sob pena de se perde o foco do estudo. Interessa saber apenas que o princípio da vedação da utilização das provas ilícitas está intimamente ligado ao Direito Probatório e que sofre temperamentos.

Neste ponto, se faz uma breve incursão em outros dois princípios ligados ao Direito Probatório, especialmente provas ilícitas. São eles o da razoabilidade e o da proporcionalidade. A análise deles será suficiente para a resposta buscada, ou seja, até que ponto seria permitida a utilização de uma prova tida, a princípio, como ilícita.

A regra é que os meios de provas não podem sofrer limitação, porém, como já se disse, algumas vezes os interesses que estiverem em foco é que irão ditar o caminho processual a ser trilhado, sobretudo no que se refere aos meios de prova, seu deferimento e produção. Ao tratar do tema, Lima (2002, p. 192) ensina:

tornam-se aplicáveis os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* para orientar o legislador e o aplicador da norma a verificar os casos de conflito de valores e sopesar um em face do outro, a fim de solucionar se deve prevalecer, por exemplo, a intimidade ou a interceptação telefônica, esta como único meio plausível de prova. [...] Às vezes a busca da verdade deve se sobrepor à intimidade; noutras a intimidade não pode ceder àquela.

A proporcionalidade, sob o enfoque estudado e de acordo com os ensinamentos de Ávila (2011, p. 163), "estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras". Prosseguindo, diz Ávila (2011, p. 173) que "o postulado da

proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público".

Cumprido salientar que a utilização da proporcionalidade e da razoabilidade, sob o enfoque ora conferido ao tema, leva em conta tanto a elaboração da norma, quanto sua aplicabilidade. Sob ambos os prismas, e especificamente quanto às provas, tanto as regras que tratam do Direito, como da aplicabilidade concreta dessas normas, devem ser analisadas com base em tais princípios.

Assim sendo, a implicação vai desde a previsão de um meio de prova até o resultado prático da interpretação de determinada prova, a qual a princípio teria ofendido um direito fundamental. Em ambos os casos, a solução para se retirar o máximo de utilidade do sistema é confrontar os bens e interesses envolvidos, a fim de concluir quais deles devem prevalecer no caso concreto.

Não é possível se estabelecer uma regra genérica e abstrata sobre qual interesse deveria prevalecer neste ou naquele caso. Apenas a situação concreta é que será capaz de fornecer os elementos necessários para a solução daquele caso, de forma individualizada.

Atenta-se ainda para os dizeres de Dinamarco (2005, p. 11), segundo o qual "em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entavam a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana". Por meio dos dizeres do autor, nota-se que a atenção em relação às formalidades deve ser redobrada a fim de evitar manobras escusas, as quais são, infelizmente, não muito raras quando o assunto é prova ilícita.

É o que extraímos da observação de Ávila (2011, p. 185), ao discorrer sobre a proporcionalidade em sentido estrito. Diz ele:

o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Assim sendo, em vista do exposto, acredita-se que os postulados mencionados servirão para fundamentar algumas ideias do estudo, especialmente a discussão sobre até que ponto é proporcionalmente válido e razoável ao magistrado interceder na produção da prova na busca da verdade e de um processo de resultados, efetivo, justo, mas ao mesmo tempo seguro.

1.4.5 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Outro princípio umbilicalmente ligado ao tema proposto é o do livre convencimento motivado do julgador, pois é ele que indica ser o magistrado livre para decidir, com certa discricionariedade, o caso que lhe foi apresentado, porém deve motivar e fundamentar a conclusão a que chegou.

Atualmente, encontra-se o princípio de forma expressa no art. 131 do Código de Processo Civil⁹, o qual autoriza o juiz a tomar sua decisão com certo grau de liberdade, porém exige dele que aponte os fundamentos com base nos quais profere aquela decisão.

A necessidade de fundação das decisões, por sua vez, encontra lugar na Constituição da República¹⁰, o que deixa transparecer a importância que o tema possui. Trata-se, em verdade, de regra capaz de conferir transparência aos órgãos jurisdicionais, bem como possibilitar o controle, seja pelos outros poderes, seja pelas partes ou demais do povo.

Chiovenda (1998, 110), ao tratar do tema, diz que "o Direito moderno proscreeu, na generalidade, o sistema da prova legal, agasalhando o princípio de dever a convicção do juiz formar-se livremente".

O princípio do livre convencimento, como resta claro, está ligado ao sistema de apreciação de provas e quanto a este, segundo Gomes (1995, p. 90-92), historicamente fala-se em três sistemas sobre a valoração das provas, quais sejam o da prova legal, da livre convicção *segundum conscientiam* e o da persuasão racional:

Para o primeiro, pouco importa a intuição ou entendimento do julgador. Deve ele se ater, rigidamente, ao que está estabelecido pela lei quanto a cada espécie de prova e com base em tais gradações legais concluir se determinado fato está ou não provado. Tal sistema previa discriminações inaceitáveis no sistema atual, bem como criava cálculos matemáticos que dificultavam muito a análise do caso concreto e acabam gerando decisões injustas.

No sistema da livre convicção ou *segundum conscientiam* o julgador era livre para decidir de acordo com sua consciência, sem necessidade de prestar contas sobre os fundamentos que o levaram àquela determinada conclusão. Predominou no Direito Romano e era exatamente o oposto da prova tarifada. Este sistema era origem de insegurança individual e social, em vista do alto grau de subjetividade conferido aos órgãos julgadores.

Já no sistema da persuasão racional, adotado pelo Direito pátrio, o juiz situa-se em posição intermediária entre os outros dois já citados. Livra o julgador do critério legal e

⁹ "Art. 131. 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".

¹⁰ "Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]".

tarifário da prova, porém não permite que decida livremente segundo a sua consciência. Deve ele justificar as suas decisões, apresentando os fundamentos que o levaram à conclusão.

O pensamento evoluiu muito e chegou no patamar em que se encontra, pois o livre convencimento motivo possibilita mais justiça nas decisões, ao mesmo tempo que não veda controles sobre o órgão julgador, obrigado a prestar, sempre, a melhor jurisdição possível, sobretudo de forma imparcial e atrelada ao que dos autos consta.

Chiovenda (1998, p. 111) traça paralelo entre o sistema atual e a já ultrapassada prova tarifária, denotando sua preferência pela fórmula hoje vigente:

a liberdade de apreciação se contrapõe, pois, às regras da prova legal, que outrora limitavam em larga medida aquela liberdade e que hoje se reduzem a escassos resíduos, mantidos por várias razões, e na lei brasileira são ainda menores que na italiana; podem-se recordar as limitações à prova testemunhal (art. 141, CC); as regras sobre a capacidade das testemunhas (art. 141, CC); a eficácia probatória da confissão... Por consequência, liberdade de apreciação não significa de modo algum faculdade de decisão arbitrária e puramente subjetiva, como se ao juiz se permitisse decidir segundo uma incontrolável e irracional intuição da verdade ou segundo seu próprio conhecimento extra-processual dos fatos da causa.

Assim sendo, a persuasão racional é princípio atrelado ao Direito Probatório, pois é por meio de tal postulado que o julgador tem amplo poder de apreciar as provas carreadas aos autos, bem como tem a liberdade para complementar a atividade probatória das partes, na busca por elementos que possibilitem a decisão de forma concreta e segura.

1.4.6 Princípio da Aquisição Processual ou Comunhão das Provas

É aquele segundo qual, uma vez produzida a prova nos autos, não importa por quem, ela passa a fazer parte da entidade processo, não podendo dele ser extraída ou desentranhada, salvo exceções previstas de forma expressa na Lei, tal como ocorreria no caso de violação de norma cogente, pois tal prova seria derivada de um ato absolutamente nulo.

Sentis Melendo (1978, p. 221-222), ao discorrer sobre o Direito Processual na Itália e o princípio em questão, afirma:

Os autores e as sentenças na Itália se referiam sempre ao "princípio da aquisição" em virtude do qual as provas uma vez recolhidas, desdobram sua inteira eficácia em favor ou contra ambas as partes sem distinção entre a que as produziu e as outras. O juiz pode e deve utilizar o material probatório independentemente de sua origem, chegando-se a afirmar, com toda razão, que a prova produzida por um dos litisconsortes beneficia ao outro ainda que

ele não tenha contestado a demanda, e ainda que a incorporação da prova seja extemporânea. (tradução nossa)¹¹.

Como se pode notar, por aquisição ou comunhão tem-se, em última escala, a conclusão de que as provas pertencem ao processo, não a quem as tenha produzido, pois o interesse do Estado prevalece sobre o das partes envolvidas no processo. Uma vez produzidas, passam a fazer parte do instituto processo, ou seja, são "adquiridas" pelo Estado-Juiz, a fim de melhor decidir aquele determinado feito no bojo do qual elas foram produzidas.

1.4.7 Princípio da Atipicidade da Prova

Como o próprio nome diz, o princípio em questão indica que o rol dos meios de provas, conforme previsto na Lei Processual, não é taxativo. Encontra ressonância no conteúdo do art. 332 do Código de Processo Civil¹² e fundamenta a existência das denominadas provas atípicas, tema que será analisado com maior rigor logo à frente.

O sistema brasileiro, assim como outros modernos, adota a atipicidade das provas, conforme citado acima, pois esta é um pressuposto para que exista conformação entre os diversos institutos jurídicos, abrindo-se espaço para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Sentis Melendo (1978, p. 167-168), discorrendo sobre o sistema processual argentino, oferece lição que se encaixa também no caso brasileiro ao afirmar que o caráter inominado de uma prova, ou seja, o fato de não estar regulada de forma específica em um determinado Código, não pode constituir motivo para que seja eliminada de um processo, pois de maneira geral não seria possível defender a existência de rol *numerus clausus* no que se refere aos meios de prova.

1.4.8 Princípio da Oralidade

Também apontado como princípio correlato ao Direito Probatório, previsto no art. 336 do Código de Processo Civil¹³, pressupõe que as provas deverão ser realizadas, salvo

¹¹ No original: " Los autores y las sentencias en Italia se referían siempre al "principio de adquisición" en virtud del cual las pruebas una vez recogidas, despliegan su entera eficacia en favor o en contra de ambas partes sin distinción entre la que las ha producido y las otras. El juez puede y debe utilizar el material probatorio prescindiendo de su procedencia, llegándose a afirmar, con toda razón, que la prueba producida por uno de los litisconsortes beneficia al otro aunque éste no haya contestado la demanda, y aunque la incorporación de la prueba sea extemporánea".

¹² "Art. 332. 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 ou a defesa".

¹³ "Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência. Parágrafo único. Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada

impossibilidade, em audiência de instrução e julgamento, o que permite ao julgador contato direto com os fatos e provas. Ligado a esta regra, poderia se citar o princípio da imediação, segundo o qual o julgador é quem colhe diretamente as provas.

Acredita-se que o princípio visa a preservar, o máximo possível, a fidelidade das provas, pois disso depende a justiça do caso concreto. A partir do momento em que se produzam as provas em audiência, frente a frente com as testemunhas, partes, peritos, assistentes, entre outros, permite-se que sejam feitas acareações, questionamento, objeções e complementações, capazes de colmatar a prova aos fatos, bem como elucidar eventuais dúvidas e pontos obscuros existentes nos autos.

Como dito anteriormente, atrelado à oralidade encontra-se a imediação, o qual, entende Chiovenda (1945, p. 309 apud CARNEIRO, 2002, p. 21):

quer [...] que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, da quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições de luar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros.

Diante do exposto, o princípio da oralidade, principalmente no Direito Processual Civil, deve ser perseguido pelos sujeitos processuais, pois dele depende, como se disse, a fidelidade da prova e proximidade dela com os fatos concretos que se pretende provar.

1.4.9 Princípio da Identidade Física do Juiz

Atualmente previsto tanto no processo civil quanto no penal brasileiros, entende-se que o julgador que acompanhar a produção da prova oral, salvo algumas exceções previstas em Lei, estará vinculado ao julgamento do feito. É o que se extrai dos artigos 132 do Código de Processo Civil¹⁴ e §2º do art. 399 do Código de Processo Penal¹⁵, este último recentemente alterado, pois sempre foi da tradição do Direito Processual Penal brasileiro a não previsão de tal regra para a área penal.

Tendência do Direito Contemporâneo, da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939 já se extraía o seguinte:

de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la".

¹⁴ "Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor".

¹⁵ "Art. 399, § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei n. 11.719 , de 2008)".

o princípio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o de concentração dos atos do processo postulam, necessariamente, o princípio da identidade física do juiz. O juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decida o litígio. O juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decida o litígio. Nem de outra maneira poderia ser, pois o processo visando à investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-las do ponto de vista do seu valor ou da sua eficácia em relação aos pontos debatidos (BRASIL, 1939 apud CARNEIRO, 2002, p. 25).

Como se nota, a identidade física do juiz acaba, de certo modo, ligando-se aos princípios da oralidade e imediação e, do mesmo modo que estes, vem para garantir maior fidelidade na produção das provas em audiências.

A tendência atual para a adoção do princípio é tão forte que, conforme dito logo no início, recentemente, foi agregada a regra ao Direito Processual Penal, tradicionalmente avesso à vinculação do juiz que colheu a prova à sentença a ser prolatada.

Do mesmo modo, o autor acredita que a revolução dos processos digitais incentiva, com maior razão, a adoção do princípio, pois há grandes indicativos de que as provas e a sentença serão proferidas em audiência de instrução e julgamento.

A nova postura que deve ser assumida pelo Poder Judiciário e sujeitos processuais é no sentido de que os atos devem ser todos concentrados em uma única audiência e a sentença ser proferida, de plano, pelo juiz que presidiu a instrução.

Além de trazer eficiência ao sistema, a forma de se produzir prova e julgar, citada acima, assegura que a prova não se pereça ou que sensações pessoais do julgador, que somente podem ser obtidas pelo contato direto com a prova, não se percam no tempo ou em concepções diferentes, oriundas de outros magistrados, os quais não tiveram contato direto com a prova, na forma acima mencionada.

1.5 Natureza Jurídica das Normas de Direito Probatório

Em relação à natureza jurídica das regras que tratam das provas, existe discussão sobre pertencerem elas ao Direito Material ou Processual, sobretudo em virtude do Código Civil prever trecho próprio sobre as provas.

A relevância da discussão reside, principalmente, quanto à forma pela qual as normas entram em vigor e são aplicadas, pois as regras de Direito Processual entram em vigor assim que são promulgadas, salvo exceção expressa, aplicando-se aos processos em andamento.

Assim, novas leis processuais, caso venham a tona, por exemplo referindo-se ao Direito Probatório, aplicam-se de imediato aos atos processuais ainda não praticados, ainda

que os processos já estejam em andamento. As leis civis, ao contrário, não retroagem para alcançar fatos pretéritos já concretizados.

Sobre a questão pontua Echandía (2007, p. 19):

quando é requisito *ad substantian actus*, a prova é um ato jurídico material (escritura pública referente ao contrato de compra e venda), que ingressa ao processo mediante um ato jurídico processual (seu suporte ou adoção como prova da pretensão ou a exceção de uma das partes, ou da imputação feita ao acusado ou réu), sem que com isso se perca a primeira condição. Daí que a presença de normas substanciais sobre formalidades para a validade ou existência dos atos ou contratos não impede que exista em um processo civil o sistema da livre apreciação das provas. (tradução nossa).

Para o autor citado, as provas podem ser tratadas por regras de Direito Material ou Processual e as formalidades em relação ao ingresso de provas materiais nos autos não retira delas tal natureza substancial. Como exemplo, é citada a hipótese de utilização de uma escritura pública em determinado processo. A situação é de grande valia para o sistema brasileiro, pois as escrituras públicas, como sabemos, são tema do Direito Civil.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 357), em sentido oposto, dizem que em que pese alguns temas sobre prova sejam, algumas vezes, tratados na Lei Civil, é matéria autenticamente processual, pois quando se fala em prova se trata da formação do convencimento do julgador e do próprio processo; assim, afirmam que o Código Civil, ao falar sobre provas, invadiu o campo do Direito Processual, incorrendo-se aqueles que optaram por tal técnica em flagrante retrocesso científico.

Lopes (2007, p. 28-29), ao estudar Jorge L. Kielmanovich e João Carlos Pestana de Aguiar, diz que a matéria é controversa e alguns sustentam a prevalência das regras de Direito Processual, enquanto outros apontam que as regras de Direito Probatório possuem natureza mista, de Direito Material e Processual.

Opta-se, nesta oportunidade, pelo pensamento de Cintra, Grinover e Dinamarco, citados acima, no sentido de que o rigor científico indica que as regras sobre provas possuem nítida natureza de Direito Processual, pois é este campo da ciência do Direito que se dedica ao estudo de tal matéria, não sendo crível confundir algumas solenidades para a elaboração de determinados atos e negócios jurídicos com as normas destinadas à forma de produção e apreciação das provas destinadas ao processo. A simples introdução de uma escritura pública, por exemplo, em um processo, não significa que essa prova transmude a natureza por meio da qual foi produzida.

Ademais, quando se refere às provas, mencionam-se aquelas que, de algum modo, estão vinculadas ao processo e à relação jurídico-processual. Assim, nada impede que

determinado negócio jurídico seja praticado sob a égide do Direito Civil, sem prejuízo de obediência às regras de Direito Processual quando eventualmente venha a ser utilizada como prova em um processo. Exemplo típico seria uma prova documental que seja capaz de reconstituir fato alegado no processo. As questões sobre a validade ou defeitos de um documento que venha a ser utilizado como prova, a título de exemplo, deverão ser resolvidas com base no ordenamento que trata da produção dele, não se confundindo com sua utilização como prova processual.

Como anunciado, a relevância da discussão está intimamente ligada ao Direito intertemporal. Não se trata de tema relevante apenas no campo acadêmico ou didático. É problemática com alta influência na prática dos atos processuais.

Assim sendo, acredita-se que a confusão deriva de meros aspectos terminológicos e a matéria probatória pertence, de fato, ao campo do Direito Processual, não ao Direito Material.

1.6 Objeto e Destinatário da Prova

O objeto da prova interessa ao trabalho na medida em que é ele quem indicará o que precisa ser provado no processo. Aparentemente não haveria dúvidas sobre o objeto da prova. A primeira resposta que viria a mente, lembrando lições básicas de Direito Processual, é a de que a prova recai sobre os fatos controvertidos. Seriam eles, nesta visão preliminar, que demandariam atividade probatória.

Ainda que a concepção mencionada acima esteja correta, cumpre observar que colhemos na doutrina afirmação de que existem ao menos três entendimentos sobre o tema. O primeiro defende que a prova recai sobre os fatos a respeito dos quais versam a ação ou a defesa; o segundo que a prova alcança as alegações dos fatos; e o terceiro, por fim, aponta no sentido de que a prova deve ter por objeto, de forma imediata, a afirmação dos fatos e, de forma mediata, os fatos. (CAMBI, 2006, p. 296-297).

Sem descuidar da existência de tais entendimentos, é mais técnica a posição segundo a qual o objeto da prova recai sobre os fatos nos quais se fundamentam a ação e o contraditório. São eles que precisam ser aclarados, definidos, com o objetivo de se produzir o acerto do processo e possibilitar a entrega da prestação jurisdicional de modo seguro.

Esta conclusão tem por base a regra de que o julgador não está adstrito às alegações das partes, isso por expressa disposição do art. 131 do Código de Processo Civil.¹⁶

¹⁶ "Art. 131. 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".

Como prova de que a posição adotada é a mais acertada, novamente socorre-se de Cambi (2006, p. 297-298), segundo o qual:

se não fosse assim, os juízes não estariam em condições de poder formar livremente a sua convicção, porque estariam impedidos de, por exemplo, perceber, a partir da análise dos documentos constantes dos autos, a ocorrência de outros fatos que, apesar de terem passado despercebidos pelas partes, estão diretamente implicados na solução do conflito de interesses.

Carnelutti (2003, p. 68), por sua vez, diz ser justo afirmar que o objeto da prova são os fatos, não as afirmações, pois os fatos se provam enquanto se conhecem para controlar as afirmações.

Cambi (2006, p. 299) ensina também que não são quaisquer fatos que podem ser objeto da prova. Eles precisam ter determinadas características,

no entanto, para o fato ser objeto da prova e integrar o *thema probandum*, deve ser, geralmente, *controvertido, pertinente e relevante*. Contudo, antes de proceder à análise dessas características, é preciso que o *fato probando* seja *determinado* objetivamente; caso contrário, é desnecessário perquirir a controvérsia, pertinência e relevância desse fato. [...] São controvertidos os fatos alegados por uma das partes e impugnados pela parte contrária. [...] São pertinentes aqueles fatos que dizem respeito à causa ou que não são estranhos ao objeto do processo, isto é, a *res in iudicium deducta*. [...] São fatos relevantes aqueles que, sendo pertinentes, também são capazes de influir positivamente na decisão da causa.

Nota-se que o entendimento expresso acima foi acolhido pelo legislador brasileiro. Caso assim não fosse, a base e conclusão do presente estudo estariam prejudicadas, pois se pretende liberdade e ousadia do julgador na busca pela verdade processual, com o objetivo de se entregar uma prestação jurisdicional com o máximo de qualidade e efetividade. Caso o julgador estivesse restrito às alegações das partes, seria inviável ele complementar a atividade probatória delas, pois fatalmente iria ultrapassar essa barreira das afirmações postas em juízo. Assim, o que deve conduzir o julgador no seu trabalho intelectual e técnico, sem dúvida, são os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, dos quais dependem a solução da demanda. É neles que o julgador, como regente e historiador do processo, deve manter o seu foco, tanto no momento de deferi-las, como de valorá-las.

Com relação ao destinatário da prova, não resta dúvida de que é o órgão jurisdicional, singular ou colegiado. Cada uma das partes defende seus próprios interesses, de modo que a atividade probatória, inevitavelmente, será por elas conduzida com o intuito de materializar as alegações que fizeram. Ocorre que acima do entendimento de cada uma delas está o órgão estatal, incumbido de, com imparcialidade, colocar fim àquele conflito de

interesses, o que será feito por meio do instrumento típico de atuação da atividade jurisdicional, o processo.

Investido de tal poder, o Estado-Juiz necessita de elementos para proferir a decisão solicitada e entre eles está justamente a prova produzida e constante dos autos. Assim, embora cada uma das partes, ao requerer e produzir as provas, defenda interesse próprio, o destinatário de tal atividade é o órgão julgador, o qual lançará mão da atividade instrutória, bem como de tudo o que consta dos autos, a fim de fazer a subsunção do que restou provado ao Direito posto e com base em tal procedimento aplicar o Direito e dar a resposta estatal que, em tese, tem o condão de colocar fim à instabilidade social não solucionada pelos próprios envolvidos.

1.7 Relevância e Fundamento da Prova

Após o estudo do objeto da prova, cumpre agora definir seu fundamento e sua relevância.

Com base no que se disse até este ponto, é viável sustentar que o fundamento da prova encontra lugar em alguns princípios e institutos processuais consagrados. O direito de ação, em primeiro lugar, somente poderá ser validamente exercido se estiverem presentes as condições da ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse processual.

Ultrapassada a fase de análise de tais condições, cumpre se perquirir sobre a presença de pressupostos processuais, intrínsecos e extrínsecos, para então adentrar no mérito propriamente dito, que nada mais é do que o pedido que se leva perante o Poder Judiciário.

Como se nota, o direito de ação em sentido estrito independe do mérito, pois com ele não se confunde. Tanto na ação de procedência quando na de improcedência haverá exercício de direito de ação em sentido estrito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 260).

Ocorre que para o juiz analisar o mérito da demanda, sem que seja necessário se socorrer de regras supletivas do ônus da prova, torna-se imprescindível que as partes comprovem suas alegações postas em juízo e tal comprovação somente poderá ser feita por meio das provas, sejam elas documentais, testemunhais ou periciais.

Foi dito em outra oportunidade que o conceito de processo envolve os de relação jurídico-processual e procedimento e é justamente na relação jurídico-processual que reside a dialeticidade do processo – as posições jurídicas, ônus, sujeições, direitos e obrigações das partes – e o contraditório, não sendo por outro motivo que a doutrina afirma: "é lícito dizer,

pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 293).

Partindo-se da premissa de que é na relação jurídico-processual que está presente a dialeticidade e o contraditório, concluí-se que aí também está presente a maior parte da atividade probatória. Sendo a relação em questão um dos componentes do processo, afirma-se que a relação jurídico-processual e o próprio processo são fundamentos para a existência da prova, pois sem ela aqueles institutos não se prestariam a nada.

Para corroborar este entendimento, consignam-se os ensinamentos de Couture (2008, p. 43):

o processo é, em si mesmo, um método de debate. Nele participam elementos humanos: juízes, auxiliares, partes, testemunhas, peritos, etc., os quais atuam segundo certas formas preestabelecidas na lei. Essas formas regulam a produção de atos jurídicos processuais, vale dizer, atos humanos dirigidos pela vontade jurídica. Por sua vez, esses atos se registram em documentos emanados das partes, dos juízes e de seus auxiliares. Daí surgem as circunstâncias de que o processo é, indistintamente, o conjunto de atos e o expediente (*dossier*) no qual esses atos ficam registrados.

Em relação à relevância da prova, acredita-se, juntamente com Cambi (2006, p. 261), que ela se confunde com a própria relevância dos interesses e direitos discutidos em juízo. Assim, não será qualquer interesse ou direito que poderá ser posto em juízo para definição, mas somente aqueles que encontrem subsunção ao ordenamento, sem se descuidar de que esse rol é mutável no tempo e espaço, pois o Direito, assim como o processo, é dinâmico e se altera, adapta, progride, ao sabor de diversos fatores.

Desse modo, a relevância das provas estaria em perfeita convivência com a importância dos conflitos de interesses litigiosos, bem como a necessidade de atuação legítima do Estado-Juiz, por meio da atividade jurisdicional.

1.8 Prova e Verdade

Um dos temas mais intrigantes do Direito Probatório está relacionado à certeza e à verdade. Palco para muitos debates, tanto filosóficos como pragmáticos, não poderia ser diferente, pois a essência das provas está, justamente, na busca da verdade e certeza e, ainda que a definição obtida seja meramente processual, dela depende a solução da demanda. A análise da verdade para o processo também implica, diretamente, nos limites do poder do magistrado, pois a determinação de provas e complementação das já requeridas quando feitas

pelo julgador, fundamentam-se, a princípio, na busca pela verdade e definição com segurança dos fatos litigiosos.

1.8.1 A Verdade

Toda atividade probatória, em resumo, está voltada para a busca da verdade. Ocorre que muito se fala em verdade, porém sem definição do seu conteúdo para o estudo da ciência jurídica.

O presente tópico tem a intenção de distinguir o que se chama de verdade processual da realidade do mundo exterior, pois conforme já dizia Aristóteles (s.d., p. 928 apud BAPTISTA, 2001, p. 30) "nunca se alcança a verdade do totó, nem nunca se está totalmente alheio a ela". Com isso, o que se quer dizer é que a verdade, a realidade, é a meta que se busca por meio da atividade probatória, porém invariavelmente ela não é alcançada, embora não se esteja totalmente estranho a ela.

Desse modo, ao se tratar de provas processuais, tomando-se os ensinamentos doutrinários específicos, deve-se ter em mente que existem, no mínimo, três níveis da verdade, apontados por Baptista (2001, p. 31): em primeiro lugar, utilizando-se de ensinamentos de outras ciências, sobretudo físicas e matemáticas, tem-se uma espécie de realidade externa, a qual não se pode precisar até que ponto é perceptível aos sentidos humanos; em seguida, a simples verdade, definida como tudo o que poderia ser sentido e captado pelo ser humano de compreensão e intelecto considerado normal; após, agora já no campo do estudo ora proposto, tem-se o que se convencionou denominar verdade processual, ou seja, aquela possível de ser reproduzida formalmente dentro do processo, lançando-se mão dos meios de prova e recursos disponíveis.

A verdade, seja ela em qualquer das perspectivas mencionadas, também está relacionada com o sujeito, o intérprete, pois o resultado do processo de descoberta e reconstrução da história envolve muitos aspectos subjetivos.

Neste sentido:

já se vê que a busca da verdade, em qualquer terreno, supõe duas tomadas de posições apriorísticas, consciente ou inconscientemente assumidas, mas inevitáveis: primeiro, quanto à natureza dessa verdade, decidindo-se se ela consiste numa "concordância do pensamento com o objeto", ou se deve entender-se como "concordância do pensamento consigo mesmo" – por outras palavras, se tal verdade será reputada atingível no exterior ou no interior da razão; segundo, quanto à extensão temporal e espacial dessa verdade, isto é, crendo-se na imutabilidade ou, tão-só, na sua oportunidade ou utilidade (BAPTISTA, 2011, p. 32).

Nota-se que a palavra verdade é dúbia e pode gerar compreensões destoantes. Para este estudo interessa somente a verdade a ser reproduzida no processo, às vezes denominada formal, porém mais tecnicamente qualificada como processual, por razões que adiante serão indicadas.

1.8.2 Verdade Real, Formal e Processual

Acostumou-se, por ser tradição do Direito pátrio, a se conviver com a célebre distinção entre verdade formal e real, sempre atrelada à ilusória dicotomia científica e conceitual do Direito Processual Civil e Penal.

Malatesta (1996, p. 524), ao discorrer sobre tal distinção, diz:

falando de prova em geral, vimos como e porque o sistema probatório civil é diferente do sistema probatório penal, pela divergência de fins: as provas civis visam estabelecer a verdade "formal", enquanto as penais visam estabelecer a verdade "substancial". Vimos, também, como primeira consequência de tudo isto, que em matéria de provas se é mais exigente no crime que no cível e, por isso, o campo das provas penais é mais restrito que o das civis. Muitas provas artificiais, que, do ponto de vista da verdade formal a que se atende, são admissíveis no cível, mas não podem ser admitidas no crime, visto atender-se, ao contrário, a verdade "substancial".

Colhe-se dos ensinamentos de Taruffo (2009, p. 24) que os juristas têm o hábito de tentar escapar da problemática das provas e verdade recorrendo à distinção entre verdade formal, judicial ou processual e material, de um lado, e histórica, empírica ou simplesmente verdade, de outro. A primeira seria a obtida por meio das provas judiciais e procedimentos probatórios e segunda aquela ligada ao mundo dos fenômenos reais e, em todo o caso, a setores de experiência distintos do processo, devendo ser obtida mediante instrumentos cognitivos distintos das provas judiciais. É comum, também a distinção entre uma chamada verdade relativa, que é aquela típica do processo, e uma verdade absoluta, a qual existiria em algum lugar fora dos autos (TARUFFO, 2009, p. 24).

Outra questão interessante é a correspondência, ou não, entre a realidade dos fatos e a verdade processual. Sobre o assunto, Taruffo (2009, p. 24-25) expõe:

a distinção entre verdade formal e verdade material é, sem embargo, inaceitável por várias razões que a doutrina menos superficial tem posto em evidência desde algum tempo. Em especial, parece insustentável a ideia de uma verdade *tout court* pelo simples fato de que é determinada no processo e por meio das provas; a existência de regras jurídicas e de limites de distinta natureza serve, no máximo, para excluir a possibilidade de obter verdades absolutas, mas não é suficiente para diferenciar totalmente a verdade que se

estabelece no processo daquela que se fala fora do mesmo. (tradução nossa)¹⁷.

As discussões mencionadas encontram-se superadas. Os tempos são outros e não se admite mais tais distinções. Não se pode buscar um tipo de verdade para o Direito Penal e outro para o Direito Civil, pois caminha-se há algum tempo para a publicização do Direito, de modo que o instrumento processo não deve ser conduzido somente com base nos interesses envolvidos no litígio.

Na época em que se defendia a duplicidade de verdade, conforme acima exposto, não se falava em processo como instrumento público voltado a entregar a prestação jurisdicional com qualidade, eficiência e segurança. Do mesmo modo, o estudo dos poderes instrutórios do julgador não merecia a atenção de hoje, sobretudo no Brasil, após a segunda metade do século passado. Se por um lado a publicidade do processo civil e os poderes instrutórios do julgador foram potencializados, de outro o Direito Penal também vem sofrendo radical transformação, principalmente no aspecto dos meios alternativos de solução dos conflitos.

Em virtude destas condições, não é mais crível partir da premissa de que o processo penal trata da liberdade das pessoas e o processo civil de direitos, via de regra, disponíveis.

Ingressou-se na fase denominada utilitarista do Direito Processual, na qual não basta que o processo seja mero instrumento da jurisdição. Exige-se mais: que ele seja útil e dele se extraia a máxima efetividade.

Neste sentido se pronuncia a doutrina:

não se fala em efetividade sem resultados úteis. Não mais se justifica a complexidade de teorias e nem mesmo a defesa de posicionamentos que destoam da realidade, por mero amor ao passado, por apegos nostálgicos. Urge que tenhamos um processo racional e útil, e não se coaduna com este novo processo civil, uma postura passiva do juiz ou uma postura contrária à atuação do juiz no campo probatório, já que não se concebe a ideia de processo de resultados e de utilidade sem a busca da verdade real – a que mais se aproxima da realidade dos fatos. O novo processo repudia a ideia de verdade formal. (MERCULHÃO, 2010, p. 31).

É com base na concepção de processo civil útil que se abandonou a distinção entre verdade formal e verdade material, ou substancial. Durante a instrução dos processos, sejam eles cíveis ou criminais, os sujeitos processuais devem perseguir a verdade, entendida esta como a processual. Independentemente do direito discutido, o julgador e as partes devem

¹⁷ No original: " la distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturas sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo".

procurar a reconstrução dos fatos de forma abrangente, com a finalidade de se garantir a entrega da prestação jurisdicional efetiva, segura e justa.

A própria distinção entre verdade real e formal é imprecisa, pois como foi dito alhures, muitos aspectos subjetivos e pessoais estão envolvidos na definição da verdade e reprodução dos fatos dentro das formas processuais.

O mais sensato é denominar a verdade produzida no bojo do processo como processual, ou seja, aquela por meio da qual os sujeitos processuais tendem a retratar a realidade vivida anteriormente sobre os fatos controvertidos trazidos a juízo. É sobre ela, em última análise, que reside o trabalho intelectual e técnico dos sujeitos envolvidos com a produção da prova. É ela, seja o processo penal ou civil, seja direito disponível ou indisponível, que deve ser perseguida, a fim de se atender ao escopo utilitarista do processo, pois é por meio dele que se produzem provimentos jurisdicionais justos e efetivos.

1.9 Meios de Prova

Meios de prova são os instrumentos por meio dos quais os sujeitos processuais buscam comprovar os fatos controvertidos debatidos nos autos. Nos dizeres de Lopes (2007, p. 95), não se confundem com as fontes das provas, pois estas são os objetos e pessoas sobre os quais recaem as alegações e fatos que precisam ser demonstrados nos autos. Os meios, por sua vez, são os procedimentos adotados para instruir o processo com as informações necessárias sobre os fatos nos quais se fundamentam a demanda.

Por meio do que se extrai do Código de Processo Civil brasileiro, o legislador pátrio optou por não prever, em rol fechado, todos os meios de prova. Preferiu, e nisso andou bem, estabelecer alguns meios de prova de forma exemplificativa, deixando consignado no art. 332 do Código de Processo Civil que são aceitos no processo todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, mesmo que não especificados em Lei.

A título de exemplo, tem-se como meios de prova típicos o testemunhal, documental, confissão, depoimento pessoal, inspeção judicial e perícias em geral. Não serão estudados, um a um, pois isto acabaria por subverter o objetivo da presente pesquisa.

Em vista do rol não ser taxativo, costuma-se dizer que existem provas atípicas no sistema brasileiro. Em razão de tal matéria ter ligação estreita com a questão dos poderes instrutórios do julgador, bem como influenciar o melhor aproveitamento do processo e a efetividade das decisões, faz-se incursão no tema.

1.9.1 Provas Atípicas

Em relação aos meios de prova vigora o princípio segundo o qual são admitidos todos que não sejam vedados pelo sistema, conforme previsão do art. 332 do Código de Processo Civil¹⁸.

Parte-se, portanto, da premissa de que o rol não é taxativo, do que decorre a possibilidade de utilização de outros instrumentos probatórios, além dos expressamente previstos em Lei, por tal motivo denominados atípicos.

Pela denominação mencionada, deve-se entender aqueles que não estão previstos de forma expressa no texto processual, mas que nem por isso são vedados pelo sistema e pela própria Constituição Federal, pois são moralmente legítimos.

Sobre a prova atípica, incisivo é o ensinamento de Taruffo (2009, p. 406) ao afirmar que, em verdade, não parece que exista uma forma razoável de demonstrar que são admissíveis somente aquelas provas previstas na lei, dado que, ademais, a lei não diz quais provas devem ser admitidas e se preocupa em dizer unicamente o que é prova e em que circunstâncias devem ser elas excluídas. Prossegue Taruffo (2009, p. 406) no sentido de que, para fins de admissão das provas, não deve ser considerada a existência de uma norma prevendo o meio de prova, mas sim a utilidade da prova para a determinação dos direitos discutidos.

Embora o autor esteja se referindo ao ordenamento italiano, são perfeitamente aplicáveis os dizeres ao processo civil brasileiro, no qual se tem regramento semelhante, no qual são fixados apenas parâmetros para o que, em tese, não seria admitido.

Assim sendo, os limites para a utilização das provas que não estiverem especificadas no texto legal serão extraídos do próprio conteúdo do art. 332 do Código de Processo Civil, bem como pelas disposições da Constituição Federal.

Taruffo (2009, p. 406) arremata com a afirmação de que, em razão da lei não prever em rol fechado e taxativo quais são os meios de prova, "é prova tudo aquilo que serve logicamente para provar o feito, não aquilo que a lei denomina prova" (tradução nossa)¹⁹.

Como se vê, na visão do processualista italiano a definição de prova é dada pelo critério de sua utilidade, não em razão do que a Lei diria ser prova. Para o autor do presente estudo o entendimento é correto, principalmente se aplicado ao sistema brasileiro, pois dessa forma pode-se retirar do ordenamento a máxima utilidade e, por consequência, tal método

¹⁸ "Art. 332. 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 ou a defesa".

¹⁹ No original: "es prueba todo aquello que sirve lógicamente para probar el hecho, no aquello que la ley denomina prueba".

tende a contribuir para a efetividade e justiça do processo, objetivo que deve ser sempre perseguido pelos sujeitos processuais.

Também em defesa do que chama de *sistema de la libertad de medios de prueba*, Echandía (2007, p. 244) escreveu:

o sistema da liberdade dos meios está mais de acordo com as modernas concepções de processo, tanto civil como penal, pelo qual temos sido partidários de consagrar-lo legislativamente, deixando ao juiz a classificação da relevância probatória que possa ter o aduzido ou solicitado pelas partes e em liberdade de decretar oficialmente os que considere úteis. (tradução nossa)²⁰.

Ao discorrer sobre o assunto, deixando evidente a vantagem que o sistema aberto de meios probatórios confere em termos de utilidade e efetividade, Cambi (2006, p. 41) diz que a não taxatividade das provas estimula a busca de meios mais adequados para influenciar a formação do convencimento do julgador, aumentando a liberdade das partes e do órgão jurisdicional, mas também as suas responsabilidades enquanto sujeitos processuais. A abertura, segundo Cambi (2006, p. 41), ainda permite que o Direito Processual Civil não fique estranho ao avanço tecnológico e científico, possibilitando-se a verificação com mais exatidão dos fatos que servem de base para a demanda e sobre os quais a partes tentam convencer o julgador.

Lopes (2007, p. 174), por sua vez, traça a perspectiva pela qual a questão da liberdade dos meios de prova deve ser avaliada ao dizer que não se cuida de lidar com o dilema *numerus clausus* e *numerus apertus*, uma vez que a lei brasileira evidentemente se filia ao princípio da liberdade da prova, em vista do que dispõe o art. 332 do Código de Processo Civil, mas sim de saber se além dos meios de prova admitidos por Lei, implícita ou explicitamente, outros ainda mereceriam acolhimento por parte dos operadores do Direito.

Já que se está a falar de provas atípicas, cumpre assentar que indícios e presunções não se constituem como meios de prova, muito menos atípicos.

É Lopes (2007, p. 175) que presta seus conhecimentos, quando defende que "os indícios e as presunções não constituem, a rigor, meios de prova ou, pelo menos, não são provas atípicas".

Prossegue Lopes (2007, p. 175-176) no sentido de que os indícios são meros elementos materiais, os quais, quando forem veementes e concordantes, autorizam algumas

²⁰ No original: "el sistema de la libertad de medios está más de acuerdo con las modernas concepciones del proceso, tanto civil como penal, por lo cual hemos sido partidarios de consagrarlo legislativamente, dejando al juez la calificación de la relevancia probatoria que pueda tener el aducido o solicitado por las partes y en libertad de decretar oficiosamente los que considere útiles".

conclusões sobre a ocorrência, ou não, dos fatos alegados em juízo; já as presunções, do mesmo modo, não estão entre os meios de prova, sejam típicos ou atípicos, pois são apenas fruto de operações mentais de raciocínio e dedução empregadas a partir de fatos conhecidos e provados, chegando-se sem necessidade de prova a fatos que se pretende demonstrar (fatos probandos).

Alguns exemplos de provas atípicas citados pela doutrina são a prova emprestada e as perícias extrajudiciais (LOPES, 2007, p. 176).

Correlaciona-se ainda as provas atípicas com o princípio do livre convencimento do magistrado, no sentido de que a existência de provas atípicas serviria como um elemento extra na formação do convencimento do julgador e qualquer regra que as excluísse ou estabelecesse rol fechado de provas seria um sério risco ao próprio direito à prova, o qual, conforme será objeto de outro trecho, possui atualmente matiz constitucional.

Não se pode deixar de considerar que é necessária muita sabedoria e paciência do julgador e do intérprete da Lei quando o assunto é prova atípica, pois se de um lado existem os poderes do magistrado e seu livre convencimento em risco, caso vedados meios alternativos de prova, de outro há grande preocupação em relação ao modo como essas provas devem ser produzidas, já que acima de tudo, a sustentar o arcabouço processual, está o princípio da segurança jurídica, além de outras garantias constitucionais.

Novamente menciona-se Cambi (2006, p. 44), que afirma que o trato das provas atípicas está permeado de diversas dificuldades, porém boa parte delas pode ser superada pela interpretação das garantias constitucionais e do próprio direito à prova.

Em vista das fontes de provas serem inesgotáveis, o problema é colocado sob a necessidade de observância das garantias processuais, ou seja, para se avaliar quais meios de prova seriam aceitáveis o intérprete deverá se socorrer, em primeiro lugar, do que dispõe a Constituição da República, sobre as garantias processuais, para então depois perquirir na lei processual infraconstitucional as diretrizes e parâmetros que dão o tom e ditam os limites dos meios de prova viáveis de utilização em juízo.

1.9.2 Meios de Prova Moralmente Legítimos

Como visto, o art. 332 do Código de Processo Civil refere-se a outras provas não previstas no ordenamento e às moralmente legítimas. Mas o que vem a ser esse termo e qual o seu alcance para fins de interpretação da conduta do magistrado, quando da admissão das provas requeridas pelas partes? É o que se aborda neste ponto.

O termo moralmente legítimas, utilizado no texto legal, seria algo próximo da não ofensa ao que a sociedade, de modo geral, considera como padrão de comportamento. O conhecido adágio *moral e bons costumes*.

Trata-se de uma regra aberta, por meio da qual o julgador irá interpretar, em cada situação, quais meios de provas seriam moralmente aceitáveis para o processo no qual são produzidas.

A definição é subjetiva e passa tanto pelas concepções pessoais do julgador, como pelos costumes locais, natureza da causa, condições pessoais dos sujeitos processuais envolvidos, entre tantos outros detalhes que poderiam ser definidos em cada caso concreto no qual fosse necessária a aplicação da regra em questão.

É até mesmo impossível definir, com exatidão e segurança, o que vem a ser um meio de prova moralmente legítimo, pois como foi dito, o conceito pode variar muito ao sabor de diversos fatores do caso concreto.

Assim sendo, toda ação e iniciativa que não vá contra as disposições do texto processual, a princípio, seria válida para fins de utilização como prova atípica. O campo de atuação das partes e do próprio julgador, no exercício de reconstrução dos fatos dentro do processo, é muito amplo. Por questão de lógica, a apreciação do que é moralmente legítimo exige operação pessoal e subjetiva do intérprete, razão pela qual será, mais uma vez, o caso concreto que apontará o melhor caminho a ser seguido e os limites após os quais a prova atípica deixa de ser válida para o sistema.

1.9.3 Ativismo Judicial e Provas

Um tema que tem despertado muito interesse dos estudiosos do Direito, em vista da frequência com que vem acontecendo na prática, é o que se convencionou denominar de ativismo judicial.

Por esta expressão, deve-se entender a atividade jurisdicional do Poder Judiciário no sentido de fazer valer direitos e garantias previstos em Lei, sobretudo no texto da Constituição Federal, independentemente de regulamentação específica. Assim agindo, o Judiciário acaba por ingressar em seara tipicamente pertencente aos outros dois poderes da República e os exemplos colhidos na jurisprudência pátria são os mais variados. Dentre eles pode-se citar casos emblemáticos, tais como a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que votou a

denominada “Ficha Limpa”²¹; a previsão de vedação do nepotismo, por meio do enunciado da Súmula Vinculante n. 13 do STF; a autorização do aborto de feto anencefálico²²; demarcação da reserva indígena “Raposa Serra do Sol”²³; uso de células tronco para pesquisas científicas²⁴; união estável entre pessoas do mesmo sexo²⁵; fornecimento de medicamentos e alguns tratamentos, inclusive intervenção cirúrgica, pela rede pública de saúde; os chamados “toques de recolher”, por vezes impostos por juízes que atuam na área da Infância e Juventude; além de decisões que afetam escolhas políticas, principalmente do Poder Executivo, tais como determinações de construção de prédios públicos e atendimento de determinadas questões sociais, como construção de creches²⁶, abrigos para menores abandonados, entre tantos outros exemplos que poderiam ser aqui citados.

O ativismo judicial teve origem na jurisprudência norte-americana e encontra sua essência na formação da Federação dos Estados Unidos da América, tendo em vista o movimento que fora realizado pelas 13 colônias em torno de uma única Constituição, esta, com marcante origem no *common law*.

O sistema brasileiro, embora seja baseado no *civil law*, atualmente passa por profundas transformações, de modo que se arrisca dizer que estão sendo inseridos alguns traços do regime da anglo-saxão, no qual os precedentes assumem expressão de grande valor. Como prova disso, cita-se as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, previstas no art. 103-A da Constituição Federal e a regra dos recursos repetitivos trazida pela Lei n. 11.672/2008. Talvez essas mudanças e transformações do Poder Judiciário, ainda tímidas, aliadas a outros fatores, expliquem a nova postura de alguns julgadores.

A estrutura do Estado Brasileiro, o atual quadro social e político interno, bem como a mudança de postura do Poder Judiciário, com ênfase para introdução de elementos ligados ao sistema da *common law*, além da exigência de um julgador mais ativo e participativo, são os principais elementos que contribuem para a existência do ativismo judicial no Brasil, explicando, em parte, também a nova postura em relação às provas que são produzidas no processo.

²¹ Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 433.627**. Relator: Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Brasília, 27 de setembro de 2010.

²² Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 26 de novembro de 2008.

²³ Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular n. 3388**. Relator: Carlos Britto. Brasília, 19 de março de 2009.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008.

²⁵ Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2010.

²⁶ Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo n. 1156930/RJ**. Relator: Humberto Martins. Brasília, 10 de novembro de 2009.

Interessante notar que a Carta Política estabelece forma de compensação, ingerência e controle de um Poder sobre o outro com a intenção de que haja equilíbrio entre os poderes e a atuação de cada um deles. Silva (2005, p. 110) refere-se a estas interferências de um poder sobre o outro dizendo que elas têm como objetivo o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, em busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, o que poderia gerar sérios prejuízos principalmente para os governados.

O que mais gera discussões no campo do ativismo judicial é justamente até que ponto seria válida a ingerência do Poder Judiciário nos outros dois e se este modo de proceder não acabaria por acarretar ofensa ao sistema de Separação dos Poderes.

Sobre a Separação dos Poderes, interessante mencionar que a sua essência está justamente na divisão de atribuições e competências das esferas de Poder, não como forma de evitar a ingerência de um no outro, mas como meio de se especializar as funções estatais, na tentativa de melhor desempenhar cada papel e também como forma de um Poder controlar o outro, contendo o poder pelo poder. Certo é que atualmente sofreu diversos temperamentos e não possui mais a rigidez de outrora. É nesta esteira que Ferreira Filho (1999, p. 133-134) diz que historicamente a Separação dos Poderes desempenhou papel relevante, contribuindo muito para a instauração do governo moderado. Atualmente, porém, a importância do princípio costuma ser minimizada, seu fim profetizado e sua existência até negada.

A confirmar esta tese, referindo-se às propostas de Locke e Montesquieu, entende Canotilho (2000, p. 579):

o padrão básico subjacente às articulações organizatórias dos Estados constitucionais democráticos é o padrão da Divisão e Separação dos Poderes. Quando se fala em Divisão ou Separação de Poderes não se coloca em crise, como já se acentuou, a unidade do Estado, pois, mesmo numa democracia pluralista integrada em comunidades políticas mais amplas, não está em causa a indivisibilidade da estadualidade ou estatalidade. Dividir ou separar Poderes é uma questão atinente ao exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado. Neste contexto se deve compreender também as ideias de freios e contrapesos, *checks and balances*, separação e interdependência, tradicionalmente associadas ao princípio da Separação de Poderes. Quer John Locke quer Montesquieu conheciam bem o solo político-social de suas propostas construtivas. Descortinavam com argúcia e clarividência que o espírito das formas de governo não pairava no vácuo sócio-político, antes se revelava nos vários níveis de articulação de poderes e funções: 1) nível funcional com a distinção das funções fundamentais do poder político: legislação, aplicação/execução de normas, jurisdição; 2) nível institucional centrado nos órgãos do poder: parlamento, governo, administração, tribunais; 3) nível sócio-estrutural [sic], onde o poder surge associado a grupos sociais, confissões religiosas, corporações, cidades.

Em virtude do que foi exposto, atualmente a ideia de Separação dos Poderes não traz mais a concepção de cisão absoluta entre as diversas atividades do Estado, mas sim separação funcional, como forma de melhor atuar o ente público, porém sem deixar de lado a interpenetração de um Poder no outro, convivendo eles em uma espécie de simbiose, na qual o Poder é único, mas subdividido por questões racionais, funcionais e práticas.

Também ao tratar dos limites de atuação do Poder Judiciário, em obra específica sobre ativismo judicial, Machado (2011, p. 118) discorre:

o que se propõe é justamente a inversão dos velhos conceitos, o que recai sobre os fundamentos já estabelecidos da Separação dos Poderes, e que, ao se atribuir escolhas de políticas públicas à função judicial, provocar-se-á um distanciamento de sua verdadeira função, que é a de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos para manifestar a vontade geral. Esta opção de controlador e não de executor de opções políticas exige alguns requisitos, para que não se incorra no que se tem denominado genericamente judicialização da política. O Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, como tribunal constitucional, ao interpretar as questões, deve pautar-se pelos princípios e regras constitucionais previamente escolhidos e positivados e se afastar das questões inerentes às escolhas políticas.

Cumprido também observar que não se pode analisar a questão da Separação dos Poderes e do ativismo judicial sem se atentar para o que vem sendo chamado de Pós-positivismo.

Sobre o tema, escreve Barroso (2003, p. 326):

o constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre a ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

O Pós-positivismo, de forma simples, seria uma espécie de evolução do Positivismo, na qual os princípios jurídicos ganham extrema relevância e assumem papel de normas, das quais é possível extrair soluções jurídicas para situações intrincadas, aparentemente não solúveis no sistema clássico.

Barroso (2003, p. 327) diz que a novidade das últimas décadas não está na existência dos princípios e seu reconhecimento pela ordem jurídica, mas sim na aceitação da

normatividade dos princípios, já que eles, explícitos ou não, passam a representar a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, ou seja, espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e fins, de modo que conferem unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas, além de servirem de guia ao intérprete.

O Pós-positivismo está intimamente relacionado com a forma normativa que assumiu os princípios e não é em vão que na última metade do século passado tanto se escreveu sobre o assunto.

Na obra *Teoria dos Princípios*, Ávila estuda a fundo muitas questões ligadas à dicotomia normativa que se criou entre regras e princípios, definindo estes como espécies de normas. Referindo-se a Dworkin, Ávila (2011, p. 36-37) assim se expressa:

foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade do estudo de Dworkin foi trazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo o que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Como se nota, hoje é indiscutível a normatividade dos princípios, sobretudo os constitucionais, de modo existem razões fáticas para o ativismo judicial, bem como fundamentos jurídicos que permitem essa inovação em nosso país. A quebra de paradigmas é grande, de modo que alguns criticam severamente a postura judicial ativista.

Dessa forma, efetua-se uma "politização" do Judiciário, uma vez que os magistrados passam a efetuar, fundados na distorcida prerrogativa do chamado "controle difuso", inadequado a países de sistema romano-germânico, juízos eminentemente políticos. Surge o chamado "juiz político", que concretiza políticas públicas de forma descomprometida, uma vez que não é responsabilizado pelo cumprimento da alocação de recursos efetuada pelos orçamentos e planos plurianuais, nem goza de qualquer espécie de representatividade política, ou mesmo compromisso político-partidário e/ou com algum programa de governo específico (ALMEIDA, 2011).

Outra razão de suma importância para a existência do ativismo judicial é a nova postura que se exige do julgador nos dias de hoje. Abandonou-se a passividade de outrora.

Hoje o Judiciário, na pessoa do julgador singular ou coletivo, é chamado, cada vez mais, para intervir em temas que *a priori* seriam a atribuição dos outros dois Poderes, Legislativo e Executivo. É tempo em que a democracia exige uma espécie de radicalização, a fim de se tornar efetiva e nesse ponto o Poder Judiciário, como guardião da Constituição e das leis infraconstitucionais, tem papel de suma importância.

Pozzoli (2001, p. 68), ao tratar do que denomina justiça participativa, diz:

a justiça participativa visa a despertar a obrigação de cada um de participar de forma consciente e livre, fazendo, portanto, acontecer uma interação total e de maneira habitual na vida da comunidade a que pertence. Diante das circunstâncias que legitimam os Estados democráticos na atualidade, a não-participação do cidadão – aquele que tem direitos a ter direitos – na condução da sociedade é passível de ser considerada uma atitude de injustiça. Por isso, a justiça participativa tem por objetivo o engajamento das pessoas no processo de desenvolvimento de sua comunidade como sendo uma espécie de bem maior para o qual não colaborar é tão injusto quanto a violação de uma das três espécies acima.

Percebe-se que atualmente exige-se, para que se tenha verdadeira justiça, a participação dos cidadãos, o que torna mais evidente a necessidade de participação do magistrado na efetivação do que consta no ordenamento jurídico, sobretudo no texto da Constituição Federal.

Assim, a atuação do magistrado no campo probatório, como era de se esperar, também é afetada pelas novidades acima citadas. São mais amplos os poderes do julgador, sobretudo no que se refere à produção das provas, quando está diante de um caso concreto em que é solicitada postura ativista. Isso se dá pelo fato de que a efetivação dos direitos ou garantias postos em juízo somente pode ocorrer por meio desta conduta mais ativa, sob pena da utilidade dos provimentos jurisdicionais tornarem-se muito reduzidas. O ativismo é uma das vias pelas quais o poder instrutório do julgador pode ser potencializado, sempre em busca de efetividade e justiça.

Há diversas críticas sobre a atuação ativista do julgador, porém em vista da situação na qual se encontra o país, seja no campo legislativo ou social, acredita-se que são válidas e eficazes essas novas posturas, as quais somente devem ser postas em prática como último recurso destinado à efetivação dos direitos e garantias pleiteados.

No presente estudo é dada ênfase para a atuação do magistrado na instrução do feito, porém não se pode olvidar das diversas incongruências e irregularidades existentes no Estado Brasileiro. Todos têm conhecimento dos desmandos, desvios de poder, de recursos, superfaturamentos de obras, desvios de finalidade no exercício da função pública, omissões legislativas, edição de espécies normativas direcionadas e com desvios de finalidade,

clientelismo dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais, por vezes, tem sua estrutura utilizada pelos representantes do povo para fins pessoais e interesses que não condizem com os princípios que deveriam ser seguidos na gestão da coisa pública, entre tantos outros, tudo isso decorrente de um sistema suicida, no qual não se investe em educação, gerando-se uma população alienada, sem condições sequer de escolher bem seus representantes e muito menos de cobrar a atuação destes, desconhecendo até os próprios direitos, ainda que considerados apenas os básicos.

O magistrado, como detentor de cargo no qual ostenta parcela de poder estatal, também é, antes de tudo, um cidadão: convive com a realidade acima citada e ela não pode ser indiferente. O Estado brasileiro, como se vê, está estruturado de forma a permitir, em casos de desvios, a ingerência de um Poder no outro, sem que com isso exista ofensa à Separação dos Poderes.

Dentro deste quadro, os julgadores, singular ou coletivo, devem estar comprometidos com o cumprimento do que está disposto na Carta Política, enfatizando-se a normatividade que hoje é reconhecida nos princípios jurídicos.

Com base em tudo o que fora exposto, o ativismo no campo das provas deve acompanhar o movimento mencionado, de modo que em caso de omissão ou desvios praticados pelos outros dois Poderes é obrigação do Poder Judiciário ingerir até o ponto de corrigir tais distorções, retornando o sistema ao seu equilíbrio necessário, mesmo que para isso seja necessária a inovação no campo da provas.

CAPÍTULO 2 – PROVA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

2.1 Direito Constitucional como Fundamento da Positivção do Sistema

O Direito Processual Civil, assim como todos os demais ramos da ciência jurídica, sempre sofreu influência do Direito Constitucional, pois a base de todo sistema que se funda no Direito posto, diga-se positivado, está na Lei Maior de cada Estado.

Ocorre que, com o maior reconhecimento de direitos supralegais, tais como direitos humanos universais, muito tem se falado sobre a perspectiva constitucional das várias subdivisões didáticas da ciência do Direito. É daí que surgem expressões como Direito Civil Constitucional, Direito Processual Civil Constitucional, entre outras.

O que se quer dizer com tais expressões é que alguns ramos do Direito, antes distantes da Carta Política, devem, desde o princípio, buscar sua razão de ser no Direito Constitucional. Não só a aplicação, mas a solução de dúvidas, conflitos legais e antinomias devem ser feitas com auxílio das regras do Direito Constitucional.

Discorrendo sobre o escalonamento dos ordenamentos jurídicos, Kelsen (2011, p. 132) diz:

o ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte a outra, cuja produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções.

Tomando-se por base os ensinamentos de Kelsen vê-se que a validade do ordenamento está intimamente ligada à conexão que deve existir entre as normas dos diversos níveis. No caso do Brasil, a norma fundamental, dito de forma simples, seria a Constituição da República, da qual se extrai a forma de criação de outras normas dos escalões inferiores, bem como a solução de conflitos, seja entre normas do mesmo nível ou de diferentes.

É assim que o Direito, como um todo, tem ganhado nova roupagem e assumido perspectiva evolutiva, como adiante se pretende verificar, especialmente no que diz respeito ao Direito Processual Civil.

2.2 Constitucionalização do Direito Processual Civil

O fortalecimento do Direito Constitucional, bem como o reconhecimento com os ares que os Estados democráticos lhe conferem atualmente, certamente plantam raízes no constitucionalismo. O movimento ou movimentos marcaram profundamente a história de muitas nações pelo mundo, em especial os que se deram Inglaterra, França e Estados Unidos da América. O surgimento do Estado Democrático de Direito, no modelo atual, certamente foi fruto dos movimentos constitucionais em questão.

Nos dizeres de Canotilho (2000, p. 51):

o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o Constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Em relação ao Brasil, pode-se dizer que por se tratar de um Estado jovem, que atravessou diversos períodos de instabilidade institucional, ainda está em processo de avanço e fortificação das instituições estatais e Poderes. Trata-se de um país em crescimento e amadurecimento da democracia. Por aqui ainda há muitos problemas sociais, políticos e econômicos, já superados por outras nações e isso tudo, por questão de lógica, reflete-se no Direito Constitucional.

Nos países de tradição constitucional sólida e democracia estabilizada não é novidade o fato dos outros ramos do Direito buscarem, antes, seu fundamento nas respectivas Constituições. Do mesmo modo, em nações já evoluídas causa assombro ofensas às disposições constitucionais. Em terras brasileiras, porém, a Constituição sólida, irradiando seus efeitos para todo o sistema, não é uma experiência antiga, justamente pelos motivos já citados acima.

Neste sentido, Nery Júnior (2001, p. 19) aponta:

era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do Direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista. Isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o país ter tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim. [...] A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população.

O sistema jurídico brasileiro tem origem no *civil law*, diferente do norte americano, por exemplo, de origem anglo-saxã, marcadamente regido pelos princípios do *common law*. Isso significa que se busca, sempre, a solução dos problemas jurídicos no texto da lei, lançando-se mão das diversas regras e dos procedimentos interpretativos expostos no Direito Positivo, bem como estudados ao longo do tempo pela doutrina e aplicados pela jurisprudência. Em vista do nosso Estado possuir um sistema predominantemente positivista e uma Constituição Federal rígida (SILVA, 2005, p. 46) e dirigente é que, com maior razão, os ramos que não são propriamente pertencentes ao Direito Constitucional passam, cada vez mais, a integrar a Carta Política, como é o caso do Direito Processual Civil, tema que interessa mais de perto a este estudo.

Tanto é assim que atualmente não é raro se ouvir a expressão *Direito Processual Civil Constitucional*. Neste sentido é que Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 82) dizem que "não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição".

Outro ponto que merece consideração, sobretudo pelo efeito que terá no raciocínio a ser exposto, é que a constitucionalização do Direito teve como um dos motivos a descoberta de que não seria somente o Estado o potencial responsável por violações a direitos fundamentais. Com o tempo, percebeu-se que poderia haver tal violação nas relações entre particulares, ou seja, naquelas antes regidas somente pelo então Direito Privado. Sobre o assunto Silva (2011, p. 52) deixa consignado:

uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do Direito Constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do Direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos

fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.

É com base no que foi exposto que se acredita ser obrigação do intérprete da Lei, bem como do seu aplicador, sempre iniciarem o raciocínio lógico dedutivo pela análise do texto constitucional, em busca da validação e eficácia das normas infraconstitucionais, tidas como processuais propriamente ditas.

Este é o raciocínio que orientará o estudo, sobretudo ao teste da hipótese levantada, a qual tem como núcleo a mudança de rumos na atividade jurisdicional e no comportamento do julgador.

2.3 Direito Processual como Direito Público

Tema intimamente ligado ao anterior é a clássica distinção entre Direito Público e Privado. Em vista do que se disse antes, ou seja, da evidente constitucionalização do Direito infraconstitucional, fica claro que a ideia dicotômica encontra-se, de certo modo, ultrapassada.

Discorrendo sobre o tema constitucionalização do Direito e unificação da ordem jurídica, Silva (2011, p. 48-49) diz que a aglutinação desta como produto da constitucionalização do Direito, tomados os ensinamentos de Favoreu, ocorre em duas vertentes: a primeira revelar-se-ia no sentido de que as normas constitucionais tornam-se, progressivamente, fundamento para os outros ramos do Direito. A segunda, por sua vez, no fato de que a distinção entre Direito Público e Direito Privado estaria sendo relativizada.

Aliado aos dizeres do autor, cumpre observar que atualmente muito se fala em publicização do Direito, sobretudo do Direito Civil. Relações antes restritas ao patrimônio pessoal dos indivíduos hoje interessam também ao Estado, tais como algumas questões do Direito de Família e contratos (TARTUCE, 2005, p. 64). Do mesmo modo, tendo em vista que o Direito Processual Civil trata, por vezes, de direitos materiais descritos no Direito Civil e Comercial, ramos notadamente reconhecidos ao longo dos anos como pertencentes ao Direito Privado, é interessante notar que além da constitucionalização das relações privadas tem-se também a publicização de algumas delas, o que, como se verá mais adiante, tem reflexo direto no modo de proceder do magistrado em relação à condução do processo e, mais próximo ao tema central deste estudo, à produção e valoração das provas, pois a partir do momento em que se parte de uma visão publicista do Direito, obrigatoriamente, questões atinentes aos meios de prova, sua produção, ônus e valoração, devem ser revisitadas e, quiçá, analisadas por outros prismas.

Deste modo, percebe-se que mais importância deve ser dada ao fim, em detrimento aos meios, ou seja, a atenção, quando se parte da premissa de que prevalece o Direito Constitucional e o interesse público, volta-se inteiramente para o escopo jurídico do processo, a solução da controvérsia, agora com qualidade e eficiência. Muito mais relevância tem a finalidade primordial do Estado-Juiz, do que saber se o ramo do presente estudo pertence ao Direito Público ou Privado.

2.4 A Função Social do Processo

O processo, como se sabe, é o instrumento típico do qual se vale a jurisdição para atingir o seu principal intento, qual seja, a pacificação social. Nos dizeres de Couture (2008, p. 44), "o processo serve para resolver um conflito de interesses". Singela menção, mas que no fundo diz muita coisa, sobretudo pelo fato de que dela decorrem diversos desdobramentos. A solução do conflito *inter partes* não solve apenas os interesses dos envolvidos, mas também reflete na atuação estatal e na dinâmica social.

Bedaque (2001, p. 50-51), ao tratar do tema, ensina que o processo possui dimensão voltada para fora do sistema ao qual pertence, pois tem a finalidade de tornar efetivo o Direito Material, situação esta que corresponderia ao escopo jurídico do processo. Essa efetivação do Direito Material, por seu turno, seria também o caminho para se atingir os outros escopos do processo, social e político. Assim, o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto os escopos políticos seriam fins almejados pelo próprio Estado, que busca alcançá-los por meio de suas atividades.

Discorrendo sobre o caráter público do processo, Dinamarco (2005, p. 67) consigna:

*o interesse público transcende aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que fada à ineficácia a inércia das partes ou do ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziram indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito. A publicização do Direito Processual é, pois forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo Constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como *instrumento* a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.*

De outro lado, essa atuação para fora do processo é o que aqui interessa, já que se defende uma conduta mais seletiva, racional e social do julgador. Acima de tudo, o que se quer é o maior aproveitamento dos atos processuais, com base na otimização das normas que regem o Direito Probatório e a atuação do magistrado perante elas.

Cappelletti (2001, p. 38), ao tratar da relação entre princípio dispositivo e caráter público do processo, diz que mesmo o processo civil sendo um instrumento direcionado a tutelar, via de regra, direitos privados, apresenta, antes de tudo e ao mesmo tempo, um instrumento que possui função pública e, assim sendo, da mesma forma que as funções legislativas e administrativas, deve ser considerado que o Estado, e não apenas as partes envolvidas no litígio, está interessado na solução do conflito de forma ordenada, rápida e imparcial. Está interessado antes de tudo em realizar, na melhor forma possível, sua função pacificadora.

Neste sentido, Klein (1901 apud CAPPELLETTI, 2001, p. 57) teria se referido ao processo civil como uma instituição de beneficência, ou seja, um instituto dirigido a promover o bem estar coletivo.

Lopes (1984, p. 137) lembra que "o Poder Judiciário tem tradicional e historicamente a função dupla de servir de controle aos outros poderes do Estado e simultaneamente servir de legitimador de suas decisões", revelando-se quão extensa é o alcance da atividade jurisdicional em países de tradição democrática, como tem almejado ser o Brasil.

O caráter social do processo, por conseguinte, é que chama a atenção, em vista da relevância comunitária que assumiu o Direito Processual Civil. Não é por outra razão que Couture (2008, p. 45) adverte:

mas, juntamente com esse interesse privado, o processo tem uma finalidade que interessa à comunidade. Essa finalidade de caráter público consiste em garantir a efetividade do Direito em sua integridade. O processo é um instrumento de produção jurídica e uma incessante forma de realização do Direito; este se realiza positivamente nas sentenças judiciais; a estas somente se chega por meio do processo.

Conclui-se que o processo civil atual não pode mais continuar se ocupando apenas com os interesses particulares das partes envolvidas no litígio, pois se assim for estará perdendo boa parte do seu conteúdo e da sua utilidade. Não se trata aqui dos efeitos das decisões judiciais, já que não se prega a desestruturação do que está consagrado sobre os efeitos da coisa julgada. Por certo que as decisões devem vincular apenas os envolvidos na relação jurídico-processual, porém a utilidade do processo, a pacificação social, o estabelecimento de precedentes, a estabilização e segurança das relações jurídicas, tudo isso interessa muito mais ao Estado e à sociedade do que às próprias partes envolvidas no litígio.

É imprescindível que se tenha visão mais ampla do processo e da sua primordial função, pois se trata de um importante instrumento do qual se serve a jurisdição para fazer atuar a vontade concreta da Lei. Essa visão ampla e renovada do processo deve vir

acompanhada de uma nova postura do julgador perante as provas, pois é por meios delas, das posições e dos argumentos das partes, que o processo toma corpo e se define, abrindo espaço para a prolação da almejada decisão jurisdicional.

2.5 Direito Coletivo e Processo Social

Ao se tratar dessa nova visão do processo, a expansão da sua utilidade e seus fins, além de assuntos correlatos, não se poderia deixar de lado a questão do acesso à justiça e do processo coletivo, pois tais conceitos estão intimamente ligados ao que se pode denominar de *processo social*.

Dentro da evolução pela qual passou e vem passando o Direito Processual Civil, destacam-se alguns pontos próximos da questão de acesso à justiça e surgimento do processo coletivo.

Expõem Cappelletti e Garth (2002, p. 31):

o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica (39). Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira "onda" desse movimento novo – foi a "assistência judiciária"; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar "representação jurídica para os interesses difusos", especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e a terceira – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça", porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Do que disseram os autores, chama-se a atenção para o processo coletivo, a fim de ilustrar a mudança de paradigma sobre o Direito Probatório e os poderes instrutórios do julgador.

Para se ter ideia da importância de algumas questões aqui debatidas, dentre elas o processo coletivo, são trazidos os dizeres de Dinamarco (2005, p. 31):

considerando ao mesmo tempo as experiências estrangeiras inovadoras, a legislação brasileira mais recente e as mazelas da nossa realidade nacional, podem ser indicados os seguintes pontos merecedores de atenção: a) a legitimidade ativa *ad causam*; b) a assistência jurídico-judiciária; c) os meios alternativos para a solução de conflitos; d) a simplificação processual; e) o juiz participativo, em diálogo com as partes; f) o direito à prova; g) a atuação do juiz sobre os textos legais, amoldando-os às necessidades da justiça segundo os valores conhecidos; h) os poderes do juiz, endereçados à efetiva realização dos efeitos dos julgados; i) a propagação da tutela coletiva e abrangente, mais a extensão das eficácia destes.

Do trecho acima, grifamos os itens *e*, *f*, *h* e *i*, respectivamente pertinentes ao juiz participativo e em diálogo com as partes, ao direito à prova, aos poderes do juiz, à efetivação da justiça, além da propagação das tutelas coletiva abrangentes.

Em vista desse movimento de acesso à justiça, iniciado na segunda metade do século passado, marcado, como se disse, dentre outras coisas pelo surgimento dos processos coletivos, alterações surgem no que se refere ao Direito Probatório, pois não se pode olvidar de que os interesses envolvidos dão o tom do comportamento dos sujeitos processuais, em especial do julgador, responsável por sintetizar tudo o que foi dito pelas partes e proferir decisão de acordo com a consciência dele, porém sem se afastar dos mandamentos da Constituição e legislação infraconstitucional, bem como do que consta dos autos.

Em razão disso, hoje se fala em direito à prova, acesso à justiça, efetivação dos provimentos jurisdicionais, juiz participativo e próximo das partes, entre outros assuntos. Toda essa mudança social e comportamental reflete-se na produção e aplicação das leis, sobretudo na forma como se produz um processo e nessa receita, como já frisado mais de uma vez, o ingrediente prova está entre um dos mais importantes.

Assim sendo, o processo social é uma demanda da sociedade e decorrência da evolução dos papéis dos sujeitos processuais. Não se pode mais tratar o processo como um instrumento voltado à satisfação dos interesses particulares das partes em litígio. Ele é muito mais que isso. É instrumento voltado à pacificação social e como tal, cada decisão deve solver a questão posta no caso concreto, mas também deve emitir efeitos no meio social de forma geral, tanto para servir de paradigma para novas decisões, como para evitar que outros conflitos cheguem ao Judiciário.

2.6 Prova Como Direito Fundamental

2.6.1 Algumas Considerações Sobre os Direitos Fundamentais

Quando se estuda de direitos fundamentais é inevitável o confronto com certo grau de subjetivismo, próprio deles. Por vezes, com respeito a opiniões em sentido contrário, muito se fala, mas pouco se explica.

O próprio Alexy (2011, p. 65), reconhecido mundialmente por tratar do tema, ao iniciar os comentários sobre o que é uma norma de direito fundamental, diz que "essa questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta".

Prosseguindo nas suas explicações, diz Alexy (2011, p. 65) na mesma passagem:

ela (pergunta) é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. A pergunta assume uma forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não.

Em seguida, o autor deixa claro que as definições por ele lançadas são feitas todas sobre a Constituição Alemã, de modo que pouco uso terão para este estudo.

Em vista do acima exposto, socorre-se de um dos alunos de Alexy, tradutor da sua obra em nosso país, Silva (2011, p. 128), o qual diz que "os direitos fundamentais, junto com a separação dos poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar ingerência estatal em esferas estritamente individuais".

Aparentemente, pelo que se lê dos autores citados, o que define um direito como fundamental é o seu detentor, qual seja, o homem. Ao que tudo indica é o ser humano que concentra em si, nos direitos que o circundam, a conceituação do que vem a ser direitos fundamentais. A confirmar o que dizemos, Canotilho (2000, p. 248) escreve:

a densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico de enunciado da dignidade da pessoa humana. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado.

Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais teriam o homem como seu centro nefrágico, sendo de suma importância destacar a característica limitadora e protetiva de tais direitos, isto é, a natureza de proteção do cidadão e contenção do poder, evitando-se abusos e permitindo a existência do Estado de Direito e da própria democracia.

Prossegue Canotilho (2000, p. 290-291):

tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. [...] Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos [sic] de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjectivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio maioritário [sic], publicidade crítica, Direito Eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos [sic] a prestações sociais, económicas [sic] e culturais, os direitos

fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos.

Como se nota, pelo que se disse acima, o conceito de direito fundamental remonta ao próprio surgimento dos direitos do homem, não como súdito, mas como integrante da sociedade, membro proprietário da *res publica* e, em última análise, verdadeiro detentor do poder estatal. A conceituação dos direitos fundamentais engloba diversos outros conceitos dos direitos do homem. Alcança o seu *status* como membro do seu núcleo familiar, trabalhador, administrado perante do Estado, detentor de direitos como liberdade, propriedade, entre outros. Assim, todos os direitos que puderem ser englobados nessas características e situações mencionadas podem ser conceituados como direitos fundamentais.

Ainda sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, Faria (2011, p. 89) traz o seguinte ensinamento:

o termo, direitos fundamentais, é utilizado para denominar direitos humanos, como se sinônimos, fossem. No entanto, há uma significação distinta, uma vez que os Direitos Humanos devem ser entendidos como direitos de todos os homens, em qualquer circunstância de lugar e tempo, enquanto os direitos fundamentais devem ser compreendidos como os direitos que foram juridicamente resguardados dentro de uma ordem jurídica constitucional.

Conclui-se que direito fundamental poderia ser definido como algo um pouco menos amplo que direito humano, uma espécie de núcleo de direitos que visam à proteção do indivíduo e seus interesses, seja perante outras pessoas, seja perante o próprio Estado, enquanto entidade que monopoliza o poder.

2.6.2 Prova como Direito Fundamental

O próximo passo é saber se, diante do exposto logo acima, existiria um direito à prova, constitucionalmente assegurado e, em caso positivo, se tal direito poderia ser caracterizado como fundamental.

Por meio do que foi dito até o presente momento, sobretudo quanto aos princípios constitucionais relacionados ao Direito Probatório, fica clara a relação deste com o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e mesmo direito de ação, ou se preferir, acesso à justiça.

Fazendo a mesma correlação, Mergulhão (2010, p. 42-43) afirma:

assim, de qualquer dos aspectos mencionados, conclui-se, indubitavelmente, que o direito à prova é uma das vertentes do devido processo legal, de natureza constitucional, implícito, pois nem a Constituição Federal de 1988, nem o Código de Processo Civil prevêm de forma expressa esse direito,

vinculado aos direitos de ação e de defesa. [...] Assim, o direito de agir em juízo *não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento jurisdicional qualquer ou simplesmente em movimentar a máquina judiciária*, vai além, compreende, isto sim, uma *atividade humana mínima, dirigida a tutela de uma posição substancial da vantagem [...], envolvendo conteúdos ativos e positivos*, dentre os quais se revela um procedimento probatório adequado. (grifo do autor).

O devido processo legal, como foi dito alhures, encontra-se consagrado e refere-se ao trinômio vida-liberdade-propriedade, exigindo tanto do Estado como dos demais indivíduos, respeito a tudo que se referir a esses direitos basilares e aos que com eles se relacionarem, direta ou indiretamente.

Também já se disse que os princípios do contraditório e da ampla defesa estariam, de certo modo, relacionados com o devido processo legal, bem como intimamente ligados ao tema das provas.

Em vista disso, é perfeitamente plausível dizer que o direito de ação, tido como garantia e direito fundamental, acaba por fundamentar a ideia de que existe direito à prova, ainda que implícito, previsto na Constituição Federal, isso pelo fato de que o exercício do direito de ação, no seu aspecto concreto, exige a previsão de que as partes tenham acesso a todo tipo de prova que não esteja vedada pelo sistema.

Bedaque (2011, p. 26), ao tratar do assunto, afirma que assegurar o direito de ação, no plano constitucional, nada mais é do que assegurar a observância do devido processo legal, ou seja, ao instrumento processo *devido*, conforme concebido pela Constituição Federal. Destaca a necessidade do sistema processual infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade de ampla participação na formação do convencimento do julgador e isso implica, naturalmente, em assegurar a produção de provas, de forma ampla, destinadas à demonstração dos fatos controvertidos. Arremata dizendo que o direito à prova íntegra, de forma inafastável, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Defende-se, assim, que o direito constitucional à prova é decorrência e fundamento lógico das garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.

Sobre esse tal acesso amplo à justiça e o Direito Probatório como condição para a concretização de tal direito, diz Taruffo (1991, p. 687-703 apud ALEXANDRE, 1998, p. 70):

embora se possa considerar como um dado adquirido, na Itália, a existência de um direito fundamental à prova, é necessário precisar o seu significado e implicações. O direito à prova [...] pode ser definido como o "direito da parte de utilizar todas as provas de que dispõe, de forma a demonstrar a verdade dos fatos em que a as pretensão se funda".

No mesmo sentido é o entendimento de Cambi (2006, p. 36), o qual afirma que o legislador não pode, de forma deliberada, introduzir no ordenamento regras de exclusão de meios de provas, de forma que todo limite em termos de Direito Probatório deve estar sujeito a uma limitação racionalmente justificada, capaz de sufragar a relevância do princípio da liberdade das provas dentro do sistema processual. Desse modo, diz Cambi (2006, p. 36), a exclusão de uma prova somente poderia ser admitida se fosse para satisfazer um valor mais importante que o conferido à oportunidade das partes valerem-se de todos os meios de provas disponíveis, com o intuito de participarem na formação do convencimento do julgador, bem como para obterem esclarecimentos acerca dos fatos integradores da causa.

Sempre que se estiver diante da violação de um direito à liberdade, vida, propriedade, seja oriunda de ato do Estado, seja de particular, necessariamente existirá um conflito de interesses, o qual poderá ser resolvido de forma pacífica ou então desaguar no Poder Judiciário. Neste último caso, em vista do direito de ação previsto constitucionalmente, caso a parte dele lance mão, teremos um processo, nos moldes já explicitados.

Para que esse direito de ação possa ser exercido e o processo desenvolver-se de forma regular em todo conteúdo que atualmente lhes atribui, evidentemente, os princípios e garantias citados deverão estar presentes. Assim, fica claro que para a defesa do seu direito violado a parte alegará fatos, os quais eventualmente serão rebatidos pela parte contrária, surgindo daí a necessidade da produção das provas, razão pela qual volta-se a afirmar: o direito à prova é decorrência lógica do próprio direito de ação, assim como dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Neste sentido são os argumentos trazidos por Froés, Reinas e Pereira (2012, p. 275):

desta feita, o direito fundamental à prova, em que pese sua historicidade, transcende os limites territoriais, ideológicos e políticos, de forma que hoje ele é amplamente consagrado pelo ordenamento jurídico dos mais diversos países, por vezes com algumas restrições [...]. De nada adianta garantir participação no processo que não possibilitasse o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. A prova (e a maneira com que ela lida com a busca pela verdade) reflete-se de modo direto no desenvolvimento do processo justo e na capacidade de influenciar o magistrado.

Em virtude do exposto, não se pode negar que o direito à prova ostenta matiz constitucional e mais, de direito fundamental, pois dele depende o exercício do direito de ação, do qual também é dependente a concretização de tantos outros direitos previstos no ordenamento jurídico.

2.7 Dignidade Da Pessoa Humana e Prova

O tópico em questão justifica-se em razão da grande relevância que assumiu o princípio atualmente, bem como pela necessidade de se traçar breve correlação entre ele e o direito à prova, nos moldes citados no item anterior.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Canotilho (2000, p. 225) afirma que se trata "de princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o próprio projecto [sic] espiritual".

Prosseguindo em suas considerações, tratando da dignidade da pessoa humana na República Portuguesa, ensinamentos que cabem perfeitamente na realidade brasileira, diz Canotilho (2000, p. 225) que a dignidade da pessoa humana, como base para a República, significa o reconhecimento do que denomina de *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite para o domínio político do Estado. A República é uma organização política que serve ao homem, não o contrário.

O campo de abrangência da dignidade da pessoa humana, como se vê, é muito amplo e alcança as diversas situações e posições jurídicas experimentadas pelo homem, enquanto ser social, possuindo um peso muito grande enquanto princípio.

O humanismo, ou seja, o pensamento que coloca o ser humano no centro de todas discussões políticas e sociais, está relacionado, de certo modo, com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este uma das vertentes daquele.

Sobre a necessidade de que as relações sociais sejam baseadas no pensamento humanista, Pozzoli (2001, p. 64) ensina:

o humanismo tende essencialmente a tornar o homem mais verdadeiramente humano na manifestação de sua grandeza original e a fazê-lo participar de tudo que pode enriquecê-lo na natureza e na história, concentrando o mundo no homem e dilatando o homem ao mundo. O humanismo pede, ao mesmo tempo, que o homem desenvolva as virtualidades nele contidas, suas forças criadoras e a vida da razão, trabalhando para fazer dar forças do mundo físico instrumento de sua liberdade. Assim compreendido, o humanismo é inseparável da civilização ou da cultura. [...] Na sociedade atual, de modo especial a brasileira, em busca da democratização em todos os níveis da organização e das convivências sociais, um pensamento impulsionador de práticas pluralistas é fator de grande ajuda para a implantação nos mais variados campos de atuação humana de propostas adequadas ao ideal de melhoria de vida segundo o ideal de bem comum.

O humanismo deve, também, orientar a atividade do Poder Judiciário, como um todo, sobretudo em vista de tantas violações a direitos individuais, de modo a ditar normas e procedimentos voltados para as questões humanas de cada relação jurídico-processual. A

dignidade da pessoa humana é hoje, sem dúvida, um fator de grande importância para todo e qualquer julgador, seja singular ou colegiado.

Partindo-se da premissa exposta logo acima, não é demais afirmar que o humanismo e a dignidade da pessoa humana, em certas situações, têm forte influência no momento de produção da prova, sobretudo quando se estiver diante de conflito de interesses envolvendo, de ambos os lados, princípios ou regras de alta grandeza, como valores humanos.

Assim, não seria demais dizer que a dignidade da pessoa humana, em certas situações, teria influência direta na produção da prova, sobretudo quando se estiver diante de conflito de interesses envolvendo, de ambos os lados, princípios ou regras de alta grandeza, como é a dignidade da pessoa humana.

Um exemplo típico de conflito envolvendo interesse de grande relevância para as partes e o meio social é o caso de ação de investigação de paternidade na qual se faz necessária a exumação de cadáver, com o objetivo de se coletar material genético, sem a autorização, para tanto, da família do morto. A prova em questão, levando-se em conta os interesses envolvidos, seria permitida?

Segundo Feliciano (2007, 134-135), não haveria, como querem alguns, dignidade do morto a ser protegida, mas sim da pessoa que pretende definir e ver reconhecida sua filiação, lodo, ainda que se partisse da premissa de que seria necessária a proteção da memória do falecido, esse direito cederia frente ao interesse relativo à investigação da paternidade e definição do *status* familiar e social. Trata-se de típica situação em que a dignidade da pessoa viva, que pretende ver sua condição civil esclarecida, deve prevalecer perante o suposto interesse de familiares do falecido e este, como dito, não ostenta qualquer dignidade, pois com a morte cessa a personalidade da pessoa natural.

Outro exemplo seria o caso de um pai condenado a pagar pensão alimentícia ao filho, até que este atingisse a maioridade ou então que constituísse união estável ou casasse. Ocorre que o filho mantém união estável, porém não há meios para se provar tal fato. O genitor está sendo executado pela obrigação alimentar e prestes a ser preso, porém consegue uma gravação telefônica e de vídeo, por meio das quais fica evidente que o filho constituiu união estável. A princípio, as provas mencionadas teriam sido obtidas de forma questionável e o genitor pretende fazer uso delas para evitar a sua própria prisão. Como ficaria o julgador diante de tal situação?

Novamente o caso seria resolvido por meio do sopesamento dos interesses envolvidos. O que teria mais valor, a suposta privacidade do filho e da companheira ou a liberdade do genitor, o qual não tem, ao menos em tese, mais qualquer obrigação alimentar

perante o filho? Sem dúvida, em virtude da dignidade da pessoa humana, o interesse a prevalecer é a liberdade do genitor, pois ao que tudo indica o título executivo sobre o qual se funda a execução é destituído de elementos de validade e eficácia.

A validade da prova, nos exemplos mencionados, buscaria seu fundamento e razão de ser na dignidade das pessoas envolvidas nos fatos, de modo que é perfeitamente possível sustentar que o princípio, em certas situações concretas, estará intimamente ligado ao Direito Probatório, seja como fundamento de uma eventual prova atípica, seja como forma de fazer prevalecer este ou aquele meio de prova.

Assim sendo, em determinadas situações o intérprete deverá se socorrer do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de definir situação concreta relativa ao Direito Probatório. Sem esse socorro, muitas situações ficariam sem solução ou mesmo poderiam vir a ser decididas de forma injusta e sem qualquer eficácia.

2.8 Ônus da Prova e Direito Constitucional

2.8.1 Dever e Ônus

Quando se trata do ônus da prova, questionamentos não raros são se existe um dever de provar e qual seria a principal distinção entre ônus e dever.

Segundo corriqueiramente se ouve no meio jurídico, a palavra ônus distingue-se do dever, pois este traria embutida a responsabilidade em decorrência do descumprimento da obrigação, abrindo-se a possibilidade de se exigir a execução forçada do compromisso assumido, o que não existe no conceito de ônus, pois este seria uma espécie de faculdade, a qual, não sendo exercida, traria algumas consequências ao seu detentor, porém sem nenhuma responsabilidade ou possibilidade de cumprimento forçado.

Marques (1972, p. 295) explica que o ônus da prova "não se trata de um direito ou de uma obrigação, e sim, de um ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato, suportará as consequências e prejuízos da sua falta ou omissão".

Dinamarco (2002, p. 71), por sua vez, explica:

ônus da prova é o encargo, atribuído pela Lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer provas ao processo, ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações, sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras. Só não seria assim num imaginário sistema puramente inquisitivo, em que haveria o dever judicial de buscar e realizar provas, não os ônus das partes. Para o

processo civil dispositivo, assim como fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente (*allegatio et non probatio quae non allegatio*). Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autêntico *ônus*, ou *imperativo do próprio interesse* (*supra*, n. 494). Ônus significa *peso* e não é por acaso que na lei e na doutrina dos alemães diz-se *peso da prova* (*Beweislast*).

Como se nota, ônus não é dever. Trata-se de um encargo, um peso, o qual caso não seja obedecido gera consequências processuais e poderá prejudicar a situação da parte sobre a qual ele recaia.

Estabelecido que ônus não é o mesmo que dever, cumpre analisar se existe apenas ônus de provar ou o caso comporta reconhecimento de um dever.

Visualizando a estrutura do processo, bem como as consequências decorrentes de eventual inércia ou desídia das partes, fica claro não haver dever de provar, mas sim mero ônus. A forma como se estruturam as regras do Direito Probatório conduz à inevitável conclusão de que, no caso de não exercício do ônus de provar, a consequência será eventual decisão contrária àquele que era detentor do encargo. Não existe, ao menos em tese, qualquer responsabilidade ou possibilidade de se obrigar, por meios coercitivos, a parte a exercer o ônus da prova que lhe incumbe.

Cambi (2006, p. 314) é incisivo ao dizer que "provar não é um dever jurídico, mas uma condição para alcançar a vitória; em sentido técnico, fala-se, então, em 'ônus da prova'". Prossegue Cambi (2006, p. 315):

a noção de *ônus* integra a teoria geral do Direito, porém a sua principal aplicação se dá no campo processual. Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos *poderes* e das *faculdades*, porque o sujeito tem *liberdade* para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, consequências desfavoráveis. Nem o juiz, nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita.

Como se nota, ônus não se confunde com dever, de modo que é incorreto falar-se em obrigação de provar. A parte a quem a prova interessa, dentro de sua liberdade de atuação e ciente de todas as posições jurídicas que convivem, concomitantemente, na relação jurídico-processual, é quem opta por exercer ou não o direito de prova que lhe confere o ordenamento jurídico, em especial a Constituição Federal.

Assim é pelo simples fato de que a prova interessa apenas à parte que dela faz uso. É decorrência lógica do sistema e em especial da relação jurídico-processual, temperada pelo princípio do contraditório. Mesmo a nova interpretação que se tem dado ao denominado ônus estático da prova não é capaz de transmutar o ônus da prova em dever.

Perlingieri (2002, p. 128), ao se referir ao ônus da prova, menciona uma espécie de *obrigação potestativa*, para dizer o que já constou logo acima, ou seja, que ônus assemelha-se a uma faculdade:

o ônus pode ser definido – com expressão de conveniência – como uma obrigação potestativa, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não. Poder-se-ia, justamente, objetar que não é possível falar de obrigação ou dever deixado à discricionariedade do sujeito obrigado, de maneira que falte a um outro sujeito o direito de exigir o adimplemento. A configuração utilizada ajuda a evidenciar que existem situações passivas que não vinculam o sujeito titular o qual, com base numa própria avaliação discricional, poderá exercê-las, ou não. O ônus não é somente uma "obrigação potestativa" deixada ao arbítrio do obrigado, antes, representa uma situação instrumental para alcançar um resultado útil (interesse) do titular.

No mesmo sentido são os dizeres de Lopes (2007, p. 37) ao afirmar que não existe dever jurídico de provar, mas simplesmente ônus de fazê-lo. Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, quando obrigação corresponde à subordinação de um interesse próprio a outro, porém este alheio. Quando se fala em ônus, há ideia de carga, não de obrigação ou dever, ou seja, a parte a quem é atribuído um ônus tem, em tese, interesse em dele se desincumbir, porém se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao decidir a demanda, acaba por levar em conta todos os elementos dos autos, mesmo que não alegados pelas partes.

Por não se tratar de um dever e não se comparar a uma obrigação, caso a parte não se desincumba de determinado ônus, somente ela poderá sofrer eventuais consequências de sua omissão, não se falando no surgimento de responsabilidade pelo não cumprimento da prestação, já que tais conceitos existem apenas para o Direito Obrigacional, não para o ônus, instituto tipicamente pertencente ao Direito Processual. Na obrigação ou dever, caso não exista o seu cumprimento, surge a responsabilidade e, por via de consequência, a parte contrária, beneficiária da prestação não cumprida, poderá exigí-la por meios coercitivos, diferentemente do ônus.

Interessante notar o que diz Carnelutti (2002, p. 68) sobre o ônus da prova, dando a entender que não se trata de uma obrigação, mas faculdade, tanto que a atividade de *colaboração* das partes pode ser complementada pelo julgador. Explica Carnelutti (2002, p. 68) que quando se refere a esse dever de colaboração, entre outras coisas, qualifica-se o *ônus da prova*. Nesse ponto, cada uma das partes deve apresentar as provas dos fatos que pretende ver reconhecidos pelo juiz.

O ônus da prova tem a vantagem de conduzir as partes a aplicarem o máximo de energia na atividade probatória, porém acaba, de certo modo, por paralisar a atividade

investigativa do julgador, razão pela qual não é adotada de forma absoluta na maioria dos ordenamentos. O juiz é livre sempre na apreciação das provas, tanto quanto na eventual busca de outras para complementar a atividade instrutória das partes.

Nos ordenamentos mais modernos, como o brasileiro, o ônus se prestaria a uma espécie de regra supletiva do sistema²⁷, porém não deixaria de permitir ao julgador a pesquisa complementar para a solução de dúvidas existentes no processo.

Na mesma trilha caminha Pacífico (2001, p. 31), o qual afirma que a tradicional classificação dogmática do ônus como situação jurídica passiva passou a não mais satisfazer os processualistas que se debruçavam sobre o tema, de modo que se desenvolveu, então, a ideia de ônus como situação jurídica *ativa*, destacando-se a *liberdade* e o *poder* conferidos à parte para o atingimento de certo escopo, em benefício próprio.

Carnelutti (2002, p. 67) ainda ressalta:

tão difícil é a missão do juiz, tanto em matéria de provas quanto de razões, que ele não consegue preenchê-la por si só, razão por que a experiência elaborou um dispositivo que o ajudasse. Este dispositivo tende a proporcionar-lhe a colaboração das partes. Convém partir do princípio de que cada uma das partes tem interesse em que o processo conclua de modo determinado: o imputável tende a ser absolvido; quem pretende ser credor aspira à condenação do devedor, e este, por seu turno, a que seja absolvido. Portanto, é natural que a parte ofereça ao juiz as provas e as razões que considere idôneas para determinar a solução por ela desejada. Daí uma colaboração das partes com o juiz, que tem, entretanto, o defeito de ser parcial: cada uma delas opera a fim de descobrir não toda a verdade, mas aquele tanto da verdade que a ele é conveniente.

Cumpra também observar que o ônus da prova tem duas primordiais funções no processo: a primeira delas seria uma espécie de regra organizacional, com o fito de se delimitar a quem cabe, a princípio, provar o que; a segunda função, mais relevante, estaria ligada ao princípio denominado *non liquet*, segundo o qual o Judiciário, uma vez acionado de forma regular, não pode deixar de decidir, alegando falta de prova ou lei, entre outros motivos. Assim, nesta segunda função, o ônus da prova serviria como uma regra supletiva do sistema, auxiliando o julgador no momento da prolação da sua decisão, embora tal regra venha sendo interpretada com base em disposições da Constituição Federal, não mais de forma simples e pautada única e exclusivamente no que diz o Código de Processo Civil.

²⁷ Sobre o tema, entende Marques (1972, p. 295): "Diante das omissões e falhas que, muitas vezes, a prova dos fatos apresenta, impossível será ao juiz tirar do *non liquet* em matéria de fato um *non liquet* nas questões jurídicas, pois ao magistrado sempre incumbe o dever indeclinável de sentenciar e decidir. As regras sobre [sic] ônus da prova, em casos tais, lhe fornecem, no entanto, indicações sobre [sic] o conteúdo da sentença".

Nesse aspecto, logo mais à frente será apreciada a superação do que se denominou de ônus da prova estático, passando-se a um ônus dinâmico e pautado em princípios de alta carga valorativa, previstos na Constituição Federal.

Em virtude do que foi exposto, conclui-se pela impropriedade da afirmação de que existiria um dever de provar, havendo apenas ônus, com as particularidades que já foram citadas logo acima.

2.8.2 Ônus da Alegação

Antes de se tratar do ônus da prova propriamente dito, cumpre observar que existe outro ônus, antecedente àquele, o da alegação, ou seja, é com base no que foi alegado, bem como contestado, que se formará o objeto litigioso do processo, a fim de se definir e especificar o que deverá ser provado, e por quem.

É o que se extrai dos artigos 282²⁸ e 300²⁹, ambos do Código de Processo Civil, por meio dos quais é fácil notar que a alegação incumbe à parte segundo a posição processual que ocupa e, como é de conhecimento daqueles que militam no meio jurídico, ao ônus da alegação está atrelado o da prova.

A alegação é antecedente lógico da própria formação da relação jurídico-processual, pois sem que o réu exponha os fatos, causa de pedir e pedido, o que existirá é apenas uma pretensão a processo, mas não este na acepção jurídica e técnica do termo.

Theodoro Júnior (2004, p. 274) diz o seguinte sobre a formação de um processo:

a relação angular que se contém no processo, e que vincula o autor, o juiz e o réu, não se estabelece num só ato. Inicialmente, ao receber a petição do autor, o Estado vincula-se em relação apenas linear, por força do direito de ação. Forma-se um dos lados da relação processual, o lado *ativo*: a ligação autor-juiz e juiz-autor. Numa segunda fase, com a citação do réu, a relação processual se completa com o seu lado passivo: isto é, com a vinculação réu-juiz e juiz-réu.

Fácil notar que a formação de um processo é muito mais complexa que a simples apresentação de uma petição inicial ou manifestação do réu. As peças processuais singulares, tais como inicial e contestação, marcam momentos muito específicos da marcha processual e possibilita ao órgão jurisdicional o controle sobre a formação e trâmite do processo, de modo que são cercadas por certas formalidades, já citadas.

²⁸ "Art. 282. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; [...]".

²⁹ "Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir".

Ainda sobre a mesma temática, Dinamarco (2002, p. 527) afirma o seguinte:

a ordem processual conta com a vontade dos litigantes, como mola propulsora que induz cada um deles a participar ativamente do processo civil mediante atos destinados a gerar resultados favoráveis. [...] O primeiro e mais amplo de todos os ônus impostos a ambas as partes é o de *afirmar*. O autor tem o ônus de afirmar suas razões para demandar adequadamente, sob pena de sequer abrir caminho para a tutela jurisdicional (princípio da demanda – supra, nn. 398 e 524). O réu tem o de fazer afirmações contrárias às do autor, com as quais estabelece controvérsias no processo e convida o juiz a decidir conforme a prova e sua convicção (supra, n. 524).

A deficiência da inicial, por exemplo, acarretará a extinção anormal daquele procedimento, que ainda não é um processo propriamente dito³⁰ e a da contestação a revelia³¹, podendo neste último caso ser obtida sentença de mérito sem mesmo a análise profícua deste. Com base no exposto é que tranquilamente se afirma que o ônus da prova é precedido do da alegação.

Lopes (2007, p. 38-39) diz que para a melhor compreensão do tema, impende registrar que as partes têm o ônus de alegar os fatos que servirão para embasar os seus pedidos, isso pelo motivo de que o juiz não deve levar em consideração fatos não alegados por elas. A princípio, quando o processo disser respeito a direitos disponíveis, não cabe ao magistrado complementar fatos que não foram alegados, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade. É com base nos fatos alegados por ambas as partes que o juiz irá fixar os pontos controvertidos, por isso a preexistência do ônus de alegação, antes do ônus da prova.

Assim, antes mesmo de se analisar a distribuição dos ônus da prova, não se pode olvidar de que às partes incumbe alegar os fatos sobre os quais virão fundadas suas alegações e quanto a essa incumbência o magistrado jamais poderá invadir a esfera de atuação delas, sob pena de contaminar o processo com vício insanável.

2.8.3 Inversão do Ônus Probatório

De início, consigna-se que as inversões podem tanto ser autorizadas como impostas pela Lei. No primeiro caso as partes poderão ou não optar pela inversão, motivo pelo qual são denominadas convencionais. Ao mesmo tempo, pode ser autorizada ao julgador a inversão, quando então se estará diante da inversão judicial. Por fim, a determinação pode ser incisiva e não deixar margem para escolhas, caso em que se terá a chamada inversão legal. Neste

³⁰ "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial [...]".

³¹ "Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319)".

sentido, segundo Dinamarco (2002, p. 76) "são inversões do ônus da prova as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei".

Antes de se adentrar propriamente na matéria, tendo em vista que o estudo ora proposto tem como pano de fundo os poderes instrutórios do julgador, é de suma importância deixar claro que estes não se confundem com a inversão do ônus da prova, pois a finalidade e estrutura de ambos são muito distintas.

Defende-se aqui que os poderes instrutórios do julgador não devem ser utilizados como regra, desde o ajuizamento da demanda, mas sim em situações na quais, consideradas as condições pessoais as partes, o contexto dos fatos, entre outros fatores, seja necessária a intervenção do julgador como modo de complementar a atividade probatória das partes, sem, contudo, influenciar a imparcialidade do órgão jurisdicional ou causar desequilíbrio entre as partes do processo.

A inversão do ônus da prova, assim como todas as regras atinentes ao ônus, servem como *ultima ratio*, ou seja, devem ser utilizadas quando a atividade probatória e a eventual intervenção do julgador não tenham sido suficientes para se definir a causa com segurança.

O Direito Processual, em especial o Civil, depende de preclusões e presunções para bem se desenvolver e as regras do ônus da prova nada mais são do que regras para dirigir a conduta das partes e do órgão jurisdicional, bem como, em último caso, servir de fundamento para a inexistência do *non liquet*.

Não é demais lembrar também que as presunções são soluções extraordinárias do sistema, devendo ser privilegiada, sempre, a decisão que aprecie o mérito e as provas exaustivas sobre os fatos debatidos.

Sobre esse papel extraordinário das presunções processuais, incisiva é a lição de Dinamarco (2002, p. 543), o qual assim se manifesta:

as disposições contidas nos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil têm o notório objetivo de *aceleração processual*, ao favorecerem a dispensa da prova dos fatos alegados (v. art. 334, inc. IV), reduzindo com isso a cognição a cargo do juiz e podendo desaguar na possibilidade do julgamento antecipado do mérito (art. 330, inc. II: infra, n. 1.137). Mas soluções como essas são extraordinárias no sistema, na medida em que podem desviar o processo de seu institucionalizado objetivo de *oferecer tutela jurisdicional justa a quem tiver razão*. Esse objetivo é inerente à garantia constitucional do *acesso à justiça*, que maciçamente a doutrina reconhece estar presente no inc. XXXV do art. 5.º da Constituição Federal. A aceleração processual, nos casos acima indicados, reputa-se eticamente legitimada pela conduta omissiva do próprio demandado, que não respondeu, ou não respondeu adequadamente – mas não é legítimo impô-la além dos limites do ético e do que a lei estatui. O *ordinário é provar; presumir é extraordinário* (grifos do autor).

Partindo-se da premissa de que ao Poder Judiciário não é dado se eximir de julgar, quando regularmente acionado, impende-se afirmar que são necessárias regras como estas, pois certamente haverá situações nas quais a produção da prova não será capaz de sanar todas as dúvidas e incertezas do processo, além de outros casos em que a própria desídia das partes orientará a aplicação das regras supletivas de ônus da prova.

Em vista do exposto, fica nítida a diferença entre poderes instrutórios e inversão do ônus da prova: aqueles são parte da atividade do julgador e ingressam dentro da classe de atos próprios de instrução, são atos materiais que trazem ao processo elementos concretos que poderão servir de base para a prolação das decisões judiciais; já a inversão do ônus da prova, assim como demais regras semelhantes, são normas de conduta para as partes e julgador, orientando a atividade dos sujeitos processuais e suprindo, eventualmente, dúvidas e incertezas acerca dos fatos, ou desídia das partes.

Feitas tais considerações, não é necessário muito esforço para perceber que o panorama relativo à distribuição dos ônus probatórios tem passado por diversas transformações, o que, ao que parece, é decorrência da própria evolução da sociedade e da função social do Direito Processual, a qual tem sido ressaltada cada dia mais. Atualmente, muito se fala em efetividade e função publicista e instrumental do processo, sem dúvida, com a intenção de se atingir decisões de mérito capazes de definir os conflitos de interesses, com definitividade, pois assim é que se atinge a almejada pacificação social.

Nesse sentido, Guilherme (2011, p. 155-156) afirma que a jurisprudência brasileira percebe a necessidade de mudança nos critérios de distribuição do ônus da prova, com o objetivo de se solverem as demandas com decisões de mérito, ainda quando não haja convicção plena do julgador em determinado assunto. Com o avanço mencionado, o que se tem visto é o processo, em nível constitucional, levado até sua última fronteira, sempre com o objetivo de se solucionar o mérito, em homenagem à coisa julgada, à pacificação social e à segurança jurídica.

Segundo o art. 333 do Código de Processo Civil, a lei estabelece regras genéricas sobre a distribuição do ônus da prova, as quais, têm sido relativizadas, seja por meio de outras normas especiais, seja pela doutrina e jurisprudência, em vista da interpretação sistemática que se tem dado ao tema.

Além disso, salienta Lopes (2007, p. 43), que os critérios do art. 333 do Código de Processo Civil não são suficientes para solucionar todas as questões fáticas postas em juízo. Diz ele que "fica patente, no exemplo dado, a insuficiência do art. 333 do Código de Processo

Civil, para solucionar o problema que exige incursão pela teoria da prova à procura de outros critérios".

Uma das soluções encontradas para se atingir a tal relativização do ônus da prova, tanto pelo legislador, com pela doutrina e jurisprudência, tem sido a denominada inversão do ônus da prova.

2.8.3.1 O Legislador e a Inversão do Ônus da Prova

Em razão do surgimento de novas espécies de conflitos e direitos, foi necessária a adaptação do sistema por meio da criação de novas regras sobre o ônus da prova. Uma destas novidades é a inversão do ônus da prova, hoje prevista de forma expressa no Código de Defesa do Consumidor.

Segundo a doutrina, o Código de Defesa do Consumidor, assim como qualquer outra legislação relativa à proteção do consumidor, teve como motivação e razão de ser o reequilíbrio da relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando práticas abusivas ou desvios pelos agentes da relação de consumo, em especial fornecedores (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 06-11).

A sociedade vive atualmente um momento de massificação das relações sociais, de modo que os contratos travados entre consumidores e fornecedores são um ótimo exemplo disso. Muitas transações atualmente são feitas em *blocos*, mediante os conhecidos contratos de adesão, entre tantos outros detalhes existentes nessas relações que envolvem direitos coletivos. Muitos são os conglomerados econômicos e financeiros que têm nos consumidores a razão da sua própria existência, razão pela qual o legislador brasileiro, acompanhando tendência mundial, criou em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, legislação considerada extremamente moderna para a sua época (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 08).

Como testemunho de que tal legislação vem assegurando a proteção de muitos direitos violados diuturnamente por grande empresas e conglomerados econômicos, o autor do texto, à frente do Juizado Especial de Pequenas, presenciou diversas vezes que as regras da legislação consumerista, em especial a inversão do ônus da prova, garantem a proteção a muitos direitos violados por condutas abusivas praticadas contras os consumidores.

Feitas tais considerações, interessa mais de perto saber se a inversão do ônus da prova decorrente de previsão legal é automática ou não, pois a premissa daí extraída será fundamento para afirmação já feita outrora, a de que as regras sobre a distribuição do ônus da

prova são mecanismos supletivos do sistema, destinados a solucionar situações em que as provas não foram capazes de trazer segurança para a decisão a ser proferida.

Assim sendo, acompanhando parte da doutrina (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 129), defende-se neste estudo que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, a ser levada em consideração no momento da prolação da sentença, após abalizadas as provas produzidas por ambas as partes, porém com a advertência anterior às partes sobre as regras que estão ou serão aplicadas, a fim de evitar surpresa e com a finalidade de resguardar a regularidade do processo.

A posição acompanha inclusive o Projeto de Lei n. 166 de 2010, do Senado Federal, consistente no anteprojeto de Código de Processo Civil, do qual extrai-se o seguinte:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Assim, embora a efetivação da inversão seja aplicada no momento da sentença, deverá haver pronunciamento judicial anterior ao início da produção das provas, sendo momento mais adequado o do despacho saneador. A posição garante que seja extraído do sistema a máxima efetividade. A inversão do ônus, desde o início e como regra de produção da prova, poderia comprometer a efetividade do processo e prejudicar o melhor aproveitamento das regras de distribuição do ônus da prova, pois as partes, ainda que tivessem condições de produzir determinada prova, poderiam não fazê-lo, o que certamente acabaria por prejudicar a instrução do feito e, por via de consequência, a produção de decisões justas e efetivas.

Em vista da novidade que se aproxima por meio do projeto de Código de Processo Civil acima citado, fala-se em introdução da denominada carga dinâmica do ônus da prova no ordenamento brasileiro, porém mais à frente o assunto receberá a devida atenção, quando então será verificado se, como está disposta a regra no anteprojeto, o que se tem é inversão do ônus da prova ou carga dinâmica.

Assim sendo, em vista do exposto, o panorama atual é a previsão, em legislação esparsa, da inversão do ônus da prova, como forma de compensar o natural desequilíbrio existente nas relações de consumo, com a possibilidade de se introduzir, via Código de

Processo Civil, a inversão como regra geral, aplicável a todos os procedimentos nos quais se fizer necessária, presentes as circunstâncias lá descritas.

2.8.3.2 Inversão do Ônus e Modelo Constitucional de Processo

Ao se analisar a exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processo Civil, conclui-se que a introdução da regra sobre a inversão do ônus da prova no diploma processual tem a finalidade de tornar o processo mais justo e efetivo, equilibrando-se relações jurídico-processuais que se apresentam, naturalmente, desequilibradas perante o órgão judiciário.

Extraí-se da exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processo Civil o seguinte:

com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Do trecho acima destaca-se no item 02, um dos cinco objetivos da comissão de reforma do Código, qual seja o de "criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa".

Não é outro o motivo pelo qual o legislador tenciona introduzir no diploma processual civil a regra de inversão do ônus da prova ou carga dinâmica, como alguns tem-na denominado, diga-se de passagem, impropriamente.

Embora as regras do ônus da prova somente sejam utilizadas de forma supletiva, quando o julgador não disponha de elementos de prova suficientes para, com base neles, julgar a demanda com segurança, mesmo após utilizar seus poderes instrutórios, é fácil concluir que a distribuição diversa do ônus probatório, carreando mais responsabilidade para quem detém melhores condições de produzir determinada prova, gera um ambiente tendencioso à prolação de decisões mais justas.

Outro motivo para a introdução da regra citada é a forte tendência atual pela constitucionalização do Direito, não ficando o Direito Processual Civil fora desse movimento.

Mais uma vez lança-se mão dos argumentos da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, a qual deixa claro que outro dos objetivos das mudanças pretendidas é:

a necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República* fez com que se incluíssem no Código, expressamente, *princípios constitucionais*, na sua versão processual. Por outro lado, muitas *regras* foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com *contraditório* e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. (grifo nosso).

Assim, a regra de inversão do ônus visa também a implementar, no campo processual, os princípios do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, de forma efetiva, não apenas formal e programática.

A alteração mencionada, *de lege ferenda*, nada mais é do que um reflexo da irradiação dos princípios constitucionais no plano do Direito Processual Civil, bem como exigência da sociedade, que clama por um processo mais justo, célere e efetivo.

2.8.3.3 A Inversão do Ônus Probatório e a Efetividade do Processo

Não é necessário muito esforço para perceber que o panorama relativo à distribuição dos ônus probatórios tem passado por algumas transformações recentes, o que é decorrência da própria evolução da sociedade e da função social do Direito Processual.

Atualmente muito se fala em efetividade, função publicista e instrumental do processo, dever de cooperação, provas atípicas, duração razoável do processo, justiça das decisões, racionalização da justiça, tudo na busca por decisões de mérito que definam os conflitos de interesses com durabilidade, bem como efetividade e justiça, pois segundo se acredita esse é o caminho para a almejada pacificação social.

Nesse sentido, Guilherme (2011, p. 155-156) afirma que a jurisprudência brasileira percebe a necessidade de mudança nos critérios de distribuição do ônus da prova, com o objetivo de se solverem as demandas, mediante decisões de mérito, ainda quando não haja convicção plena do julgador sobre determinado assunto. Com o avanço mencionado, o que se tem visto é o processo, em nível constitucional, levado até sua última fronteira, sempre com o objetivo de se solucionar o mérito da demanda, em homenagem à coisa julgada, à pacificação social e à segurança jurídica.

Segundo extrai-se do art. 333 do Código de Processo Civil³² a lei estabelece regras genéricas sobre a distribuição do ônus da prova, as quais, com o passar do tempo, mostraram-se insuficientes para a solução dos conflitos e a proteção dos direitos que vieram sendo

³² "Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

reconhecidos, dia após dia. Assim, fez-se necessária certa criatividade do legislador, mediante a previsão de novas regras processuais sobre o ônus da prova, além de trabalho interpretativo dos doutrinadores e jurisprudência, quanto à aplicação das regras já existentes, em busca de maior efetividade para a proteção dos direitos em jogo, tal como adiante se estudará.

Neste sentido, Lopes (2007, p. 43) salienta que os critérios do art. 333 do Código de Processo Civil não são suficientes para solucionar todas as questões fáticas postas em juízo: "fica patente, no exemplo dado, a insuficiência do art. 333 do Código de Processo Civil, para solucionar o problema que exige incursão pela teoria da prova à procura de outros critérios".

É com base nesta constatação de insuficiência dos critérios previstos em Lei que se chega à conclusão de que são necessárias outras medidas para que se tornem efetivos os princípios e normas insculpidos tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional.

A inversão do ônus da prova, seja por meio de previsão legal ou em razão da interpretação da doutrina e jurisprudência é medida salutar para a efetividade das decisões judiciais, pois por meio dela é possível restabelecer o equilíbrio de determinadas relações, conduzindo as partes a patamares antes inatingíveis. Com isso, sem dúvida, obtêm-se maior concretude do sistema legislativo, com resultados práticos muitos mais palpáveis e hábeis a transformar a realidade social.

2.8.4 Ônus Objetivo e Subjetivo da Prova

Uma importante distinção para se compreender a estrutura do ônus da prova é a que o diferencia em objetivo e subjetivo.

Segundo Cambi (2006, p. 317), estruturalmente, o ônus da prova pode ser compreendido em dupla perspectiva, ou seja, subjetiva e objetiva: a primeira contempla a situação de cada uma das partes perante os fatos, os quais estão na base das pretensões postas em juízo e sobre os quais a prova, a princípio, será desenvolvida; sob o aspecto objetivo, tem-se que o ônus da prova é, ao mesmo tempo, além de regra de conduta para as partes, também um norte sobre o julgamento do magistrado, permitindo ao juiz que decida na ausência de prova que defina, com suficiente segurança, os fatos.

Interessa aqui, mais de perto, o segundo aspecto do ônus da prova, ou seja, o objetivo, pois este está diretamente ligado ao magistrado, já que se trata de regra de julgamento e o foco deste estudo é a atuação do juiz frente às provas, em busca de um processo efetivo e justo.

Segundo Lopes (2007, p. 46), após encerrada a instrução processual, tendo o magistrado o dever de proferir sentença, não ostenta tanta relevância saber se as provas foram, ou não, produzidas pela parte a quem competia o respectivo ônus. O que importa, na verdade, é que o julgador forme a sua convicção com base no contingente probatório carreado aos autos e para tanto deverá ele se valer de tudo o que conste do processo, ainda que se trate de questões de fato ou circunstâncias que não tenham sido alegadas pelas partes, conforme disposição expressa do art. 131 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, em vista do que foi exposto, salienta-se a relevância que tem a distinção mencionada, porém também se esclarece que o ônus da prova, sua estrutura e seu modo de aplicação, somente têm relevância quando se estiver diante de deficiência probatória, pois a principal função do instituto processual do ônus da prova é conferir ao julgador elementos para decidir o processo, já que não é autorizado a ele negar-se a proferir decisão quando regularmente acionado. Caso existam provas suficientes para a questão ser decidida com base nelas, independentemente de quem as tenha produzido, não se socorre às regras do ônus da prova.

2.8.5 Contraditório: Superação do Ônus da Prova Estático

Mencionou-se em outra oportunidade que, antes do ônus da prova, às partes é carreado o ônus da alegação. Somente os fatos alegados é que poderão ser levados em consideração para o julgamento da causa. Partindo-se de fatos alegados, a iniciativa probatória do julgador deve ser ampla. É justamente nesse ponto que se defende estar superada a fase na qual o julgador deveria se contentar com as presunções decorrentes das regras do ônus da prova.

Exemplo típico disso é o caso em que o réu, por qualquer motivo, não contesta a demanda, abrindo-se, em tese, oportunidade para a aplicação da regra que diz presumir-se como verdadeiros os fatos não contestados pelo réu.

Neste caso, partindo-se da visão simplista e fria do processo, a atitude a ser tomada pelo julgador, de plano, seria julgar a demanda pela procedência do pedido inicial, fundamentando a sua decisão na presunção de que os fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu são verdadeiros. A presunção em questão encontra fundamento na exigência da lei processual, segundo a qual cabe ao réu provar os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor.

Ocorre que em vista do que foi dito até aqui, no atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual Civil, não tem mais lugar decisão deste teor, pois esse tradicional modo de proceder do julgador não condiz com os princípios constitucionais processuais, bem como não atende ao clamor por um processo justo.

O magistrado não é obrigado, caso haja indícios de que os fatos relatados na inicial não coincidam com a verdade, a aplicar, de forma automática, a presunção do art. 330, inciso II, do Código de Processo Civil³³. Pode ele, dentro de sua livre atuação probatória, prevista no art. 130 do mesmo diploma processual³⁴, complementar os indícios existentes, a fim de que possa proferir decisão de forma segura e justa. Ademais, cumpre observar que embora exista entendimento, a ser estudado oportunamente, segundo o qual a natureza do direito material dita as regras de atuação do julgador no campo das provas, em nenhum momento encontra-se limitações com este teor na lei processual.

Não se pode olvidar, ainda, de que existe forte tendência no sentido de correlacionar os princípios do contraditório e da ampla defesa com o direito à prova. Sobre o tema Bedaque (2011, p. 26-27) diz:

o direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado pelo ângulo do ônus (art. 333 do Código de Processo Civil). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional. Em última análise, o amplo acesso aos meios de prova constitui corolário natural dos direitos de ação e de defesa.

O contraditório e a ampla defesa, com a nova roupagem que lhes é dada, trazem como corolário o direito à prova, de modo que as regras de ônus e sujeições, sobretudo o conhecido ônus estático da prova, devem ser encarados de modo diverso do qual vinha sendo até o presente momento.

No exemplo dado acima e por meio do que se vê no dia-a-dia forense, em algumas situações a expedição de um simples ofício, requisitando documentos a órgãos públicos, é capaz de solver alguma dúvida existente no espírito do julgador, abrindo caminho para a prolação de decisão com mais segurança e qualidade, sem que com isso se tenha quebra da imparcialidade do órgão jurisdicional.

Não se defende que o juiz possa atuar em qualquer circunstância em que falte contestação, mas penas nas situações em que existam indícios de que os fatos alegados na

³³ "Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: [...] II - quando ocorrer a revelia".

³⁴ "Art. 130. 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".

inicial não sejam verdadeiros. Sabe-se que a presunção decorrente da revelia é relativa, porém entre uma presunção relativa e a iniciativa probatória do julgador existe um grande passo a ser dado, sendo imprescindível que o magistrado lance mão do seu conhecimento, experiência e principalmente senso de equidade.

A posição ora defendida não torna letra morta a regra de presunção de veracidade decorrente da revelia, muito menos anula as regras de distribuição do ônus da prova. Na verdade, trata-se de aperfeiçoamento de interpretação das disposições mencionadas, isso pelo simples motivo de que se parte, como já fora dito, da interpretação constitucional dos institutos processuais ora analisados.

O que irá determinar a forma de agir do magistrado não é a espécie de direito material em jogo, se disponível ou não, mas sim a existência de dúvida acerca da veracidade dos fatos alegados na inicial. Em caso de dúvida, em obediência ao princípio que assegura acesso a uma ordem jurídica justa, aplicável tanto ao autor quanto ao réu, tem o julgador o dever de determinar as diligências que se fizerem necessárias para a complementação da prova, a fim de que possa proferir decisão que se aproxime do ideal de justiça. Somente assim o processo será justo e efetivo. É bom lembrar também que a solução do feito com tais qualificativos interessa mais ao Estado do que às partes.

Como diz Mergulhão (2010, p. 125-126), "concluimos, portanto, que independentemente da natureza do direito levado a juízo, iniciado o processo, sempre há de prevalecer o objetivo da jurisdição, sobre o interesse da parte".

Feitas as considerações acima, prossegue-se com o estudo do que se denomina *ônus da prova estático*. A expressão em questão refere-se às regras de ônus da prova previstas atualmente no art. 333 do Código de Processo Civil³⁵. O modelo em questão é denominado estático pela falta de previsão de dinamismo, por meio do qual as regras processuais atinentes ao Direito Probatório, em especial distribuição do ônus, poderiam ser aplicadas com melhor aproveitamento dos atos, não de maneira fria, como invariavelmente se faz.

Cumprido salientar, desde já, que as regras sobre os ônus da prova constituem-se em necessidade do sistema, o qual veda o *non liquet*, de modo que a sua aplicação, caso feita de forma simples, acabaria por privilegiar a obtenção de uma decisão, seja ela qual for, sem vinculação com o seu conteúdo.

³⁵ "Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Ocorre que o Direito Processual Civil vem passando por muitas transformações, acompanhando conquistas e mudanças sociais já consolidadas. O progresso foi grande, sobretudo no que toca às funções pacificadora e instrumental desse ramo do Direito.

Sem dúvida, uma das principais mudanças é a forte influência que o Direito Constitucional exerce sobre o Direito Processual Civil, e no que se relaciona às regras de distribuição do ônus da prova não é diferente.

Como diz Guilherme (2011, p. 141), "não se pode admitir, uma vez considerada a conexão com o princípio do acesso à justiça, que o tema do 'onus probandi' não esteja sob os holofotes da interpretação constitucional".

Partindo-se desta nova visão constitucionalista do processo, a interpretação das regras relacionadas ao ônus da prova obrigatoriamente devem ser feitas com base em princípios basilares do processo civil, com ênfase para o acesso à justiça e o devido processo legal substancial.

O devido processo legal substancial relaciona-se com a influência do princípio sobre o Direito Material (NERY JUNIOR, 2001, p. 37). Consignou-se em outra passagem que o devido processo legal, na forma como concebido e em sentido genérico, está relacionado com o trinômio vida-liberdade-propriedade dos indivíduos.

Assim, quando se fala em devido processo legal na sua vertente substancial o que se deve ter em mente são os direitos materiais que envolvem aqueles três aspectos citados, isto é, vida, propriedade e liberdade. Sempre que se estiver diante de um desses bens, deve-se atentar para o devido processo legal em seu aspecto substancial, com o fito de proteger os direitos em questão, tal como concebidos na lei material.

Quanto ao acesso à justiça, a referência ora feita é o mais amplo acesso possível. Não apenas ao provimento jurisdicional, mas sim a decisões céleres, justas e eficazes.

A irradiação dos efeitos destes princípios no processo e nas regras de distribuição do ônus da prova trazem algumas conclusões inovadoras, sobretudo em relação aos efeitos da incidência de tais normas. Não satisfaz mais ao espírito de justiça apenas os efeitos da incidência de tais regras, de forma singela e formalista. A nova visão exige do intérprete que ele parta da Constituição Federal, em direção às disposições das normas infraconstitucionais.

Mesmo que as regras de distribuição do ônus da prova sejam aplicadas apenas de forma supletiva, diante da ausência ou deficiência de provas, ainda assim acredita-se que não existe razão para que não sejam interpretadas de acordo com os princípios citados logo acima, isso pelo motivo de que o processo recebeu nova roupagem, adquirindo notória carga de Direito Constitucional.

A nova concepção do processo e das regras do ônus da prova também deriva do avanço e mudança de paradigmas com relação ao princípio dispositivo e ao papel do julgador no processo, pois este deixa de ser mero expectador da conduta das partes (GUILHERME, 2011, p. 142) para passar a agir como interlocutor e sujeito ativo dentro da relação jurídico-processual, em busca da verdade dos fatos e, acima de tudo, de decisões justas e efetivas.

Vive-se tempos nos quais o processo deve ser aproveitado ao máximo, a fim de que se consiga dele extrair decisões de mérito, capazes de solucionar as questões fáticas postas em juízo de forma definitiva e com certo grau de segurança, evitando-se que retornem ao Judiciário ou que continuem gerando instabilidade social.

Assim sendo, em vista das peculiaridades do nosso processo civil contemporâneo, fundado que é na Constituição Federal, exige-se mudança de paradigma sobre a visão estática das regras de distribuição do ônus da prova. A interpretação constitucional do instituto deve levar em conta a natureza do direito discutido, bem como as possibilidades do interessado em produzir a prova, sempre na busca da concretização do contraditório efetivo (GUILHERME, 2011, p. 144-145).

Em vista do exposto, conclui-se que estão superadas as regras estáticas acerca do ônus da prova, conforme previsão do art. 333 do Código de Processo Civil.

Ocorre que esta conclusão conduz a um outro problema. Aquele atinente à conciliação entre a interpretação constitucional das regras sobre o ônus da prova e os poderes do julgador. Ingressa-se, inevitavelmente, à necessária análise dos limites que o princípio dispositivo impõe à atuação do julgador, sobretudo no campo da atividade probatória.

2.8.6 Princípio Dispositivo e Ônus da Prova

Não se pode tratar de regras de distribuição do ônus da prova sem falar no princípio dispositivo, pois é neste que se encontra, *a priori*, os limites de atuação do julgador no campo das provas.

Bedaque (2011, p. 98-99) anuncia alguns equívocos sobre a correta compreensão do princípio, para ao fim afirmar que é preferível reservar a terminologia unicamente para os reflexos que a relação de direito material disponível pode produzir no processo. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes teriam ampla liberdade para dispor dele, não podendo o julgador obstar tal conduta. Apenas para essa situação poder-se-ia falar em incidência do princípio dispositivo em relação à conduta do julgador.

Em que pese a posição restritiva exposta pelo autor, cumpre registrar que ela vai contra grande parte da doutrina, como ele mesmo diz no trecho citado. A maioria dos doutrinadores entende que o princípio incide de modo geral quanto à conduta do julgador, seja no que se relaciona ao direito em discussão, seja em relação à própria iniciativa da demanda, vedada a intervenção do órgão jurisdicional, sob pena de quebra da necessária imparcialidade.

Feito o registro, recorda-se agora que, segundo a concepção liberal de processo, vigente na segunda metade do século XIX, a relação jurídico-processual e o próprio processo pertenciam à esfera particular das partes, ficando o magistrado afastado da condução do feito. Nesse período era vedada a investigação oficial, ou seja, não era dado ao julgador interferir na condução do processo, muito menos produzir ou complementar as provas, a princípio de incumbência das partes (PACÍFICO, 2001, p. 144).

Com a elevação do Direito Processual Civil ao nível de ciência, separou-se os campos do Direito Processual do Material (DINAMARCO, 2005, p. 18), de modo que o processo assumiu ares de instrumento público, voltado a cumprir seus escopos, dentre eles o jurídico, consistente na pacificação social. A partir daí, o princípio dispositivo ganhou novo enfoque, potencializando-se os poderes instrutórios do julgador (PACÍFICO, 2001, p. 146).

Bedaque (2011, p. 102), mesmo conferindo alcance restrito ao princípio dispositivo, conclui:

de qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz. O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir).

Percebe-se que o princípio dispositivo, seja sob o prisma restritivo ou ampliativo, está diretamente relacionado com as regras de distribuição do ônus da prova, pois serve como guia em relação aos poderes instrutórios do julgador. Já ficou claro que as regras de distribuição do ônus probatório têm aplicação supletiva, quando o julgador estiver diante de situação de escassez de provas, por meio das quais possa decidir a demanda.

Em vista da falta de provas, o julgador poderá optar por conduta inerte ou então perquirir, ainda que de ofício, à procura de novas provas, a fim de solucionar pendências ou dúvidas que ficaram sem resposta após o fim da instrução e da atividade probatória levada a efeito pelas partes. Por essa razão, fala-se que o princípio dispositivo está diretamente relacionado com as regras de distribuição do ônus da prova.

Explica Mergulhão (2010, p. 122-123):

uma das conclusões que vem se mantendo é que, apesar da evolução a que foi submetida a ciência processual, a natureza do direito substancial influencia a relação processual, ou seja, os poderes do juiz na produção da prova dependem da natureza do direito material em discussão, se o direito for indisponível, o juiz deve ir em busca da verdade real, caso contrário deve conter, contentando-se com a verdade formal, a exemplo do que ocorre com o Direito Penal.

O Direito Material, em vista da evolução pela qual o Direito Processual passou, não pode limitar a investigação por parte do julgador, isso em razão de um interesse maior que está acima dos interesses das partes: o compromisso do Estado em solucionar a causa posta em juízo da melhor forma possível, com o máximo de efetividade, justiça e segurança, na busca da reconstrução da realidade processual que mais se aproxime da realidade dos fatos.

Assim sendo, o princípio dispositivo, bem como a natureza do direito material discutido, não pode limitar a atuação investigatória do julgador, o qual encontrará os limites da sua atividade no próprio texto da Constituição Federal.

2.8.7 Carga Dinâmica do Ônus Probatório

Na busca pela melhor prestação jurisdicional e racionalização quanto aos critérios de distribuição dos ônus da prova, a teoria da carga dinâmica da prova foi divulgada pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano, sendo noticiada pela primeira vez em obra do autor, publicada em 1981, sob a denominação *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas* (GUILHERME, 2011, p. 161).

Tomando seus ensinamentos, Guilherme (p. 161-162) expõe:

essa teoria tem por grande mérito modificar o modo pelo qual se interpreta o fenômeno da produção probatória, uma vez que incentiva a interpretação das regras de distribuição do ônus da prova, não apenas sob um aspecto de preenchimento de regras formais e abstratas, mas sempre realizando uma interpretação que busca fazer incidir sobre tais elementos processuais o critério da justiça, numa interpretação avalizada pelos princípios gerais do processo e garantias processuais. Não por outra razão, tem ela sido interpretada em consonância com o desenho constitucional do processo em nosso país, o qual também postula uma interpretação valorativa do processo, na busca pelo acesso à justiça.

Conforme relata Cambi (2006, p. 340), a teoria em questão foi incorporada, em 2004, ao Código Modelo de Processos Coletivos para a Íbero-América, no qual se sugere a distribuição do ônus da prova não com base na regra tradicional do art. 333 do Código de Processo Civil (fatos constitutivos, para o demandante; demais fatos, para o demandado) nem

com base na técnica adotada no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor³⁶, pelo qual o juiz, após analisar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, poderá inverter o ônus da prova.

Cambi (2006, p. 340) prossegue suas considerações no sentido de que o modelo hoje previsto no art. 333 do Código de Processo Civil preocupa-se muito mais com a obtenção de uma decisão judicial, atrelado à regra do *non liquet*, do que com a qualidade da decisão.

A doutrina do ônus dinâmico da prova rompe com esse paradigma até então vigente, para introduzir no sistema regras que estão mais relacionadas com as condições das partes em produzir determinada prova. A razão de ser da teoria está em se distribuir justiça com mais qualidade e efetividade, potencializando-se a obtenção de decisões que sejam justas e se aproximem do ideal e da verdade dos fatos.

Guilherme (2011, p. 153), quando trata da dinamização do ônus da prova e o modelo constitucional de processo, diz que "a aplicação de regras de distribuição do ônus da prova que desconsiderem as características das partes e do Direito, impedindo a efetiva produção probatória e o contraditório, será inconstitucional".

Prossegue Guilherme (2011, p. 154) no sentido de que para se adequar o sistema de distribuição do ônus da prova aos tempos atuais é imprescindível que se admita inovações em relação à distribuição do ônus da prova. Fala em *redistribuição* do ônus, qualificando-a como possíveis modificações nas regras de distribuição do ônus da prova, operadas por lei ou pelo intérprete, com o objetivo de tentar evitar a sobrecarga de ônus probatório sobre determinado litigante, o que poderia acarretar até mesmo violação ao Direito Constitucional à prova ou ao contraditório que, como dito, deve ser efetivo.

A teoria em questão surge como evolução do Direito e da processualística, pois atualmente se busca meios para que a prestação jurisdicional seja justa e efetiva, de modo que a dinamização das regras de distribuição do ônus da prova nada mais é do que uma das formas de se atingir esse intento.

Por muito tempo a atividade probatória foi relegada a uma das partes ou a ambas, mas com a evolução pela qual passou o Direito, com a nova interpretação dada ao princípio dispositivo e em vista da constitucionalização do Direito Processual, inevitavelmente as regras de interpretação dos ônus sofreram mutação, seja pela necessidade de que os princípios constitucionais sejam atendidos, seja pela afirmação da autoridade do juiz, como

³⁶ "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

representante do Estado, o qual tem interesse na solução das demandas com o máximo de justiça e segurança. A teoria em questão quer justamente superar a fase das posições estáticas, nas quais mais valor se dá ao abstrato, ao formal, do que ao concreto e justo. Esse pensamento retrógrado não mais condiz com o atual estágio da moderna processualística.

Afirma Guilherme (2011, p. 163):

deve-se considerar que, ao assim proceder, a doutrina dos ônus probatórios dinâmicos faz prevalecer um modo de análise processual que, homenageando uma evolução filosófico-processual que se faz presente em nossos dias, afasta-se da lógica formal, própria do racionalismo liberal (e maniqueísta), para se aproximar de uma interpretação mais afeita ao campo da dialética do pensamento, escorando-se na teoria dos valores e na rígida observação da materialidade dos direitos e nas relações sociais concretas. Não por outro motivo se afirma que a teoria dinâmica dos ônus probatórios produz um verdadeiro giro epistemológico na estrutura padrão da questão probatória, que passa a enxergar a distribuição dos ônus probatórios a partir da finalidade do processo judicial e dos valores da justiça e não mais, pelo simples ângulo do cumprimento de formas processuais abstratas.

Embora a teoria ainda não esteja incorporada em nosso sistema de forma expressa, ao que tudo indica há elementos normativos, sobretudo dispostos no texto da Constituição Federal, capazes de permitir interpretação dinâmica acerca dos ônus probatórios.

Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região teve oportunidade de apreciar um caso no qual determinada parte autora exigia, por meio de ação de obrigação de fazer, ajuizada contra o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, a lavratura de escritura definitiva de imóvel. No caso, o autor da demanda sustentava que recebeu o imóvel por meio de cessão, de terceiro, o qual, por sua vez, teria feito um empréstimo para quitação do bem. O INSS foi sucessor do credor do citado empréstimo e, como supostamente não teria sido pago, tomou providências para apossamento do imóvel. O autor da demanda sustentava que o empréstimo havia sido contratado por meio de desconto em folha de pagamento e que as quantias devidas estariam todas quitadas. O juízo de primeiro grau julgou procedente a demanda, condenando a ré a outorgar ao autor a escritura definitiva exigida. Na sentença, o julgador considerou que o INSS teria melhores condições de comprovar os pagamentos feitos mediante desconto em folha e que sequer teria diligenciado nesse sentido, impondo ao autor da demanda ônus probatório diabólico. Aplicou-se, então, a teoria da carga dinâmica da prova, de modo a se considerar que a prova de que os pagamentos não tinham sido feitos

deveria ficar a cargo do INSS. A sentença de primeiro grau foi mantida e o TRF da 2ª Região chancelou a tese da incidência de denominada teoria da carga dinâmica da prova³⁷.

Fica evidente que a teoria está atrelada ao cumprimento do princípio da igualdade, pois garante melhores condições ao magistrado para distribuir com justiça os ônus da prova. Com isso, o julgador cria mais possibilidades para que a atividade probatória das partes seja efetivada com mais equilíbrio, evitando-se a chamada prova leonina, ou seja, aquela que é muito difícil ou impossível de ser realizada. A doutrina fala ainda que a teoria seria uma forma de se garantir a observação dos princípios da solidariedade das provas, da colaboração processual e do respeito à dignidade da justiça (CAMBI, 2006, p. 342).

Caminha-se para a adoção de método assemelhado à citada teoria, em nível legislativo, conforme previsão do art. 262 do anteprojeto de Lei n. 166/2010, do Senado Federal³⁸, porém, em vista do que se expôs acima, independente da vigência de tal regra, não fica totalmente descartada a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova previstas no Código de Processo Civil, principalmente em vista de interpretação sistemática que leve em conta os princípios e as normas previstas na Constituição Federal.

Em vista do projeto de Lei citado logo acima, outro ponto que merece consideração, ainda que breve, diz respeito à diferença entre a carga dinâmica e simples inversão do ônus da prova.

No sistema de inversão do ônus probatório, para que esta ocorra, não é necessária decisão específica do magistrado, fundamentando a razão pela qual o ônus da prova foi invertido, pois tal previsão está na lei ou deriva de convenção das partes. Há, previamente, uma distribuição do ônus de forma abstrata na lei, razão pela qual se faz necessária que a inversão seja esclarecida às partes, apenas como forma de se garantir o respeito ao contraditório e evitar surpresas às partes. Conforme se disse em outra passagem, o momento mais adequado para que tal decisão seja proferida é o despacho saneador.

Quando se fala em ônus dinâmico, não existe previsão legal abstrata de que esta ou aquela parte deverá suportar o ônus. Há sim previsão sobre determinadas circunstâncias que, se presentes, autorizam o julgador a trabalhar dinamicamente sobre a distribuição dos ônus da prova. O magistrado, agora com poderes potencializados, é quem irá dizer quem deve provar o que. Com base em máximas de experiência e avaliando as peculiaridades do caso concreto,

³⁷ Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. **Apelação Cível 361684/RJ**. Relatora: Vera Lúcia Lima. Rio de Janeiro, 12 de março de 2008.

³⁸ "Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la".

deverá haver decisão judicial distribuindo o ônus da prova, tendo por base quem tem melhores condições de provar cada um dos fatos dos quais dependem a solução do litígio.

Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma *inversão*, nos moldes previstos no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do Código de Processo Civil), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado. O magistrado continua sendo o *gestor da prova*, agora, contudo, com *poderes* ainda maiores, porquanto, em vez de partir do modelo clássico (art. 333 do Código de Processo Civil) para inverter o *onus probandi* (art. 6º, inc. VIII, Código de Defesa do Consumidor), tão-somente nas *relações de consumo*, cabe verificar, no caso concreto, sem estar atrelado aos critérios da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes (CAMBI, 2006, p. 341).

Como se percebe, não se deve confundir a mera inversão do ônus da prova com teoria da carga dinâmica. Não se trata da mesma coisa, mas sim de situações muito díspares.

Esta técnica inovadora visa a superar a distinção formal entre autor e réu, ou demandante e demandado, para que se possa, em alguns casos mais específicos, fazer recair sobre ambas as partes o ônus da prova e, em especial, sobre aquele que se encontre em melhores condições para produzi-la (GUILHERME, 2011, p. 141), o que não ocorre na inversão do ônus da prova, pois nesta o próprio legislador, prevendo situações nas quais a inversão seria necessária, abstratamente a estabelece, deixando ao critério do julgador avaliar as condições do caso concreto e aplicá-la, caso assim entenda necessário.

Interessante notar que a teoria citada não desconsidera totalmente as normas de distribuição do ônus da prova estabelecidas no modelo tradicional. Ao contrário, ela viria para colmatar as regras estáticas, aperfeiçoando-as, sempre na busca da prestação jurisdicional mais efetiva³⁹, sendo este mais um diferencial entre a nova técnica e a mera inversão do ônus.

Nota-se que a teoria da carga dinâmica da prova é uma espécie de evolução da inversão dos ônus estáticos, produto do próprio dinamismo do Direito, em meio ao progresso da sociedade. Trata-se de necessidade vislumbrada e direcionada à melhor adequação e utilização do sistema já existente, pois por meio dela abre-se caminho para decisões mais

³⁹ Com o escopo de buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, no Código Modelo, o ônus da prova incumbe à parte que *detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas* sobre os fatos, ou *maior facilidade na demonstração*, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova (CAMBI, 2006, p. 341).

justas e que aproveitem ao máximo a capacidade das partes em participar da produção da prova e, por consequência, influir no julgamento da demanda.

A partir do momento em que a carga do ônus probatório é carreada a quem, reconhecidamente, tem melhor condições de produzir a prova, por questão de lógica cria-se um ambiente muito mais propício ao julgamento justo. É este o objetivo que deve ser buscado pelos operadores do Direito, em especial pelos membros do Poder Judiciário.

2.8.9 Inversão Consensual do Ônus da Prova

Outro assunto recorrente e ligado ao ônus da prova é a possibilidade das partes convencionarem, de modo diverso do disposto na Lei, os ônus probatórios.

Por meio do que consta no parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil⁴⁰, é possível vislumbrar, ainda que de forma implícita, autorização da Lei Processual quanto à possibilidade de convenção de modo distinto daquele estabelecido abstratamente no artigo 333.

Ao mesmo tempo em que a Lei processual traz uma autorização, ela fixa limites para que as partes convençionem sobre a distribuição do ônus da prova e assim o faz para evitar que princípios básicos do sistema processual sejam deturpados. As limitações estão atreladas diretamente à natureza do direito discutido, ou seja, quando se tratar de direito indisponível não terá validade convenção sobre ônus da prova que destoe das regras genéricas do Código de Processo Civil. A outra limitação evita que a convenção torne inviável o exercício do próprio direito. Cabe menção ainda ao inciso VI do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor⁴¹, o qual torna nula convenção sobre ônus da prova, quando este imponha ao consumidor o ônus das suas alegações.

Ao que tudo indica, as limitações impostas pela lei buscam preservar o sistema e, no caso do Código de Defesa do Consumidor, a própria essência da lei especial que trata das relações de consumo. No fundo, aparentemente é o interesse público que dita o conteúdo de tais limitações.

Ficou claro, por meio do que até aqui foi dito, que a visão publicista do processo é tendência mundial, e no Brasil não é diferente. Concorde-se com essa tendência, pois com ela

⁴⁰ "Art. 333. [...] Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

⁴¹ "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;".

o instrumento processo assume, com mais rigor, sua primordial função, qual seja, a de eliminar, de forma efetiva e justa, os conflitos de interesses instaurados no meio social.

Embora o ponto de partida seja a visão publicista do processo, segundo a qual o Estado-Juiz deve conduzir a relação jurídico-processual e extrair dela o melhor resultado, nada impede as partes convencionem sobre os ônus da prova de maneira diversa da prevista na Lei Processual, isso pelo motivo de que essa convenção poderá ser útil para o resultado prático do processo ou mesmo para evitar conflitos antes ou durante o tramitar de eventuais demandas judiciais.

A previsão de regras distintas das contidas na Lei Processual poderia ser feita, em tese, tanto antes quanto durante a eventual demanda judicial. Se anterior, a previsão de regras distintas e especiais poderia fazer com que as partes tivessem especial cuidado em relação às condutas baseadas no contrato no qual essas regras foram estabelecidas, evitando-se, com isso, o ajuizamento de demanda para a solução de conflitos que surgirem entre elas. Caso não exista essa previsão antecedente, nada impede também que sejam estabelecidas, no bojo do processo, regras distintas sobre o ônus da prova.

Feitas tais considerações e retomando a visão publicista do processo, mesmo sendo permitido às partes estabelecerem regras distintas sobre os ônus da prova, ainda permanece o poder do Estado-Juiz rever tais regras e, caso elas se mostrarem prejudiciais ao melhor aproveitamento do processo, causando desequilíbrio entre as partes e ofensa a princípios constitucionais, tais como igualdade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal, o magistrado poderá estabelecê-las de modo diverso, garantindo com isso a higidez do instrumento processual destinado à solução dos conflitos de interesses, o processo.

Assim sendo, desde que o acordo sobre ônus da prova não ofenda regras de Direito Material, de Direito Processual ou normas, garantias e princípios constitucionais, nada impede seja recebido e respeitado pelo Poder Judiciário, sempre não perdendo de vista que tal permissivo deve estar fundado na melhor utilização do Estado e dos seus instrumentos para a solução dos conflitos de interesses e busca da harmonia social e nunca poderá ser afastado, por completo, do poder de revisão do julgador.

CAPÍTULO 3 – O JUIZ E A PROVA: INSTRUMENTOS PARA A OBTENÇÃO DE DECISÕES JUSTAS E EFETIVAS

3.1 Algumas Premissas

Adentra-se no terceiro e último capítulo deste estudo com conceitos formados sobre a estrutura da prova, bem como entendimento sedimentado de que o Direito Processual Civil vem sofrendo forte influência de outros ramos, especialmente do Direito Constitucional.

O Direito Probatório, tido aqui como o coração do processo, também é afetado fortemente pelas disposições da Carta Política, o que nos leva à conclusão de que é perfeitamente plausível falar-se em direito fundamental à prova, como foi dito em outra oportunidade.

Foi falado também que o processo vem assumindo, cada dia mais, natureza publicista, isso em virtude da necessidade de se primar por decisões justas, equânimes e efetivas, exigência que ganha corpo com a evolução da sociedade e a abertura do Poder Judiciário.

Dentro desse contexto, necessário que o Direito Processual Civil apresente soluções para as novas demandas que surgem diuturnamente, bem como se preste a resolver os conflitos não apenas com a então exigida imparcialidade, mas também por meio de decisões que esgotem os meios de prova e se aproximem do ideal de justiça.

Além de imparciais, a sociedade clama, cada dia mais, por decisões justas, céleres, efetivas. A revolução dos meios de comunicação leva ao cidadão, ainda que algumas vezes de forma distorcida, a ciência sobre seus direitos, o que acarreta a busca por soluções perante o Poder Judiciário.

O cenário social, infelizmente, não é dos melhores para que a função primordial do Estado-Juiz seja desenvolvida de forma ideal. Já em 1991, Faria (1991, p. 130) disse que "só em uma sociedade em que as relações sociais e interpessoais estejam potencialmente equilibradas é que se torna possível o exercício sereno e justo da função jurisdicional".

Infelizmente de lá pra cá o cenário não mudou muito. Fala-se em democracia, em participação popular nas decisões do Estado, porém não é o que se vê. Ao contrário, convive-se todos os dias com abusos de direitos, desvio de poder, descuido com o coisa pública, utilização de cargos e funções políticas para benefício próprio, Poderes Legislativo e Executivo anacrônicos e corrompidos, nas diversas esferas de poder, além de tantas outras vicissitudes que poderiam ser citada.

Este é o cenário no qual o magistrado precisa exercer sua missão, entregar a prestação jurisdicional, que como foi dito, não basta seja célere. A conduta do julgador, conforme acredita este autor, serve como importante fiel da balança social, sobretudo na tentativa de corrigir, ou ao menos minorar, alguns dos problemas propostos acima.

Importante salientar que entre o cenário atual do Poder Judiciário e o de outrora existe um grande abismo, conceitual, prático e cultural. Os métodos utilizados há vinte anos atrás já não suprem as necessidades de demanda de hoje, seja visto o prisma quantitativo ou o qualitativo, razão pela qual a premissa que fundamenta este terceiro capítulo é justamente a mudança de paradigma do julgador do século XXI.

A estrutura clássica do Judiciário está ultrapassada e do mesmo modo a do Direito Probatório. Não se aceita um julgador expectador, como em outros tempos. A publicização do processo exige que esse importante instrumento de justiça social tenha cunho eminentemente público, desprendendo-se dos interesses particulares nele discutidos e primando pela necessidade de visão pelo lado do Estado-Juiz, ou seja, entrega da prestação jurisdicional e ao mesmo tempo a pacificação dos conflitos. Para que o processo possa desempenhar a função que é exigida a prova deve receber novo tratamento, pois é o meio pelo qual o processo pode ser mais justo e efetivo, evitando-se discussões em outras instâncias, o que poderia acarretar atraso indesejado na entrega da resposta judicial.

É diante deste quadro que se desenvolverá este capítulo, recheado de informações e argumentos sobre a atuação do julgador frente às provas, na busca pela efetividade e justiça das decisões. Para fundamentar o entendimento deste trabalho serão buscados argumentos no Direito Constitucional, pois este abriga o direito à prova como fundamental, base para que se construa uma sociedade justa e solidária.

3.2 Efetividade da Justiça e a Prova

A efetividade das decisões judiciais tem se apresentado como tema de grande interesse para os estudiosos do Direito e ela não pode ser desvinculada do conceito de justo, pois de nada adianta uma decisão que se torne concreta, mas que ao mesmo tempo seja injusta.

Para o autor deste, a forma como se produz as provas e o comportamento do magistrado frente às regras de Direito Probatório, influenciam o resultado do processo, em especial a efetividade e justiça dos provimentos jurisdicionais, razão pela qual o assunto foi introduzido a esta altura do texto.

Para contextualizar o tema e fazer a correlação entre a efetividade dos provimentos, a prova e a atuação do magistrado, serão necessárias considerações sobre alguns conceitos, tais como efetividade e justo, este como valor humano. O esforço metodológico em questão tem como cunho indicar em que consistiria o provimento justo e efetivo e até que ponto o julgador estaria obrigado a interceder na atividade probatória das partes, na busca por decisões desse tipo.

Pretende-se, nos tópicos seguintes, trazer elementos conceituais sobre o que vem a ser a tão falada efetividade do processo e justiça das decisões, pois muitos tratam do tema sem ao menos explicar em que consistiriam tais expressões.

O justo, como se verá a seguir, é conceito que demanda alta complexidade, já envolve grande carga subjetiva. Assim, sempre a conclusão poderá variar segundo varie o intérprete. Nem por isso se abandonará o mister de trazer algumas conceituações sobre o que vem a ser justo para os fins aqui tratados.

Tanto o conceito de justo, como de efetivo, estão, como se tentará demonstrar, ligados à prova processual. A forma como ela é produzida e interpretada pelo julgador tem influência direta no resultado da demanda. Este, por sua vez, é que dirá se a decisão judicial foi justa e se tem condições de se efetivar.

Durante a tarefa acima anunciada também serão apreciados e estudados elementos de ordem prática, alguns dos quais foram inclusive apontados no tópico anterior. Entende-se que muitos problemas relacionados à prestação jurisdicional no Brasil estejam ligados a assuntos a serem tratados a seguir.

A intenção, assim agindo, é justamente apontar possíveis gargalos, como forma de orientar e definir medidas que poderiam ser tomadas para a solução dessas deficiências, dentre as quais a alteração de paradigmas sobre a forma do julgador conduzir o processo, principalmente na parcela que toca à produção das provas.

3.2.1 Aumento da Demanda e Ineficiência Estatal

Muito tem se falado em efetividade da justiça, prestação jurisdicional rápida, célere, justa e eficaz, porém normalmente não se volta os olhos para questões simples, envolvendo a mudança e a evolução da sociedade juntamente com a estrutura do Poder Judiciário.

Parte-se de sistemas rudimentares de prestação da justiça, nos quais muitas vezes predominava o sagrado. Percorreu-se caminhos sinuosos, muitas revoluções, guerras, conflitos, para enfim se chegar ao atual estágio, no qual, em países como o Brasil, a prestação

jurisdicional é feita de forma monopolizada pelo Estado por meio de um dos seus Poderes, o Judiciário.

O caminho foi longo e muitas mudanças ocorreram durante o trajeto, com destaque para segunda metade do século passado, provavelmente devido à influência dos efeitos causados pela 2ª Grande Guerra. Em tal período houve muitos movimentos pela democracia, pelo reconhecimento dos Direitos Humanos, bem como pelo acesso à justiça, por suas diversas vias, as quais foram denominadas por Cappelletti e Garth (2002, p. 31) como *ondas*.

Seguiu-se no sentido de se obter leis que garantissem acesso à justiça, porém sem, em contrapartida, trabalhar e preparar o aparato estatal para receber o incremento criado por tais medidas. Não foi destinada a atenção devida, sobretudo em terras brasileiras, ao aspecto funcional do Poder Judiciário. Não houve também atenção para procedimentos administrativos que regem o dia-a-dia do Judiciário. Em consequência, houve atraso na prestação jurisdicional, além de diversos outros problemas, como doenças funcionais, provimentos falhos, defeituosos, demasiadamente morosos, entre tantas outras vicissitudes que são de conhecimento geral, por fazerem parte do cotidiano dos brasileiros que procuram o Judiciário.

Sobre o assunto, Bedaque (2010, p. 20-21) salienta que o movimento pela ampliação de acesso à justiça poderia ser analisado sob dois prismas: em primeiro lugar, facilitou-se o ingresso em juízo, o que causou, de forma lógica, o aumento exponencial do número de demandas; por outro lado, o Poder Judiciário não se preparou para enfrentar essa nova realidade, acarretando congestionamento da prestação jurisdicional. O quadro de juízes e a estrutura são inadequadas, o que compromete a almejada celeridade processual.

Em virtude do que exposto, ao mesmo tempo em que se buscou a ampliação do acesso à justiça, não se investiu o necessário para que a demanda fosse suprida. Outro grande problema, também considerado estrutural, é a falta de condições para a aplicação e aperfeiçoamento do sistema de Direito posto. A legislação não acompanha o ritmo frenético da sociedade e o acesso à justiça, aliado à falta de estrutura, é um dos grandes fatos de ineficiência do Poder Judiciário.

A efetividade da justiça não pode se descurar do histórico e dos antecedentes, pois se hoje tanto se fala na questão da celeridade e efetividade é pelo motivo de que ocorreram certos fatores que influenciaram e aqueceram o debate em torno dessa questão e um deles sem dúvida é o incremento da atividade jurisdicional aliado à ineficiência do Estado-Juiz.

3.2.2 Noção de Efetividade

Muito se discute acerca de efetividade do processo atualmente, porém por vezes não se pergunta o que esse conceito significa. Diversos valores estão envolvidos neste questionamento e na respectiva resposta, pois desde a prestação jurisdicional rápida, até designações como processo que possua qualidade e segurança jurídica, tudo está de certa forma, direta ou indiretamente, relacionado com a efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Bedaque (2010, p. 49) fornece conceito sintético, porém abrangente do que vem a ser processo efetivo:

processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores de *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo Direito Material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Adere-se ao conceito fornecido pelo autor, pois não se pode falar em processo efetivo quando se abre mão do valor segurança jurídica.

Discorrendo sobre a segurança jurídica dos atos jurisdicionais, Canotilho (2000, p. 264-265) diz que ela aponta para o caso julgado e este se assenta sobre a estabilidade das decisões jurisdicionais, seja em razão da impossibilidade de se recorrer delas, seja em razão do direito material debatido ter sido decidido em termos definitivos e irretroatáveis.

Mas a segurança jurídica não se limita à imutabilidade das decisões judiciais. Trata-se de conceito que vai muito além pois, como o próprio nome diz, segurança indica sinal de que a decisão foi tomada para não ser alterada, mas também da melhor forma possível, com critérios e procedimentos capazes de tornar aquela decisão justa, acima de tudo.

Neste contexto, pontual é a correlação que Bedaque (2010, p. 49) faz entre os princípios da segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e devido processo legal, já citados em outra passagem:

em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não é única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.

Percebe-se que não se pode falar em efetividade sem adentrar na segurança jurídica e esta, por sua vez, traz em seu bojo os conceitos de contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Desse modo, quando se refere à efetividade do processo, não se está a dizer que a prestação jurisdicional deve ser entregue no tempo mais rápido possível, com abandono das formas e garantias constitucionalmente reconhecidas. Não se nega a relevância e os efeitos decorrentes de uma prestação jurisdicional rápida, porém não a qualquer preço.

No dia-a-dia forense é fácil ver o que foi descrito logo acima, ou seja, aumento exponencial de ações aportando ao Poder Judiciário, demandas que antes não eram jurisdicionais e atualmente são, como o típico caso de medicamentos de alto custo, além do descaso dos outros dois Poderes, Legislativo e Executivo, perante o Judiciário. Muitos governantes se apresentam com discursos demagogos, que de efetivo nada trazem ao serviço forense. Diuturnamente sente-se na pele os efeitos da falta de servidores e da alta carga de atribuições direcionada aos magistrados.

Assim sendo, falar em efetividade do processo é tratar de temas muito complexos e que demandam atenção de nossos governantes e dos operadores do Direito, mas se fosse preciso definir e sintetizar a efetividade, dir-se-ia que ela é a possibilidade de ser proferida a decisão no menor tempo possível, com o mínimo de desgaste humano e econômico, com razoável segurança, bem como com possibilidade de que possa ser executada, entregando-se à parte vencedora algo que se aproxime ao máximo do *status quo ante*, isto é, a situação existente antes do fato ou evento que a conduziu ao Poder Judiciário.

3.2.3 Justiça e Efetividade

Outro conceito que precisa ser definido antes de se estudar efetividade e acesso à justiça é o que significa a palavra *justiça*. Em seguida, o que seria uma justiça efetiva.

Segundo Nalini (2008, p. 13), "justiça é o caráter ou qualidade daquilo que está em conformidade com o que é direito. Também se encontra a justiça definida como o princípio moral em nome do qual o direito deve ser respeitado".

Entende Pozzoli (2001, p. 67):

o termo justiça tem sido tratado como ideia ética do Direito e que se intui estar escondida nas dobras do Direito Positivo. Junto com isto fica também a idéia [sic] de que o Direito Natural, fonte por excelência da justiça, fora completamente abandonado, assumindo o seu lugar o Direito Positivo, que deixa comumente o conceito de justiça também fora de sua abrangência.

Para o autor deste estudo, o termo *justiça* está ligado ao conteúdo do provimento jurisdicional, ou seja, se este, em sua essência, respeitou as normas que tratam da matéria posta sob o crivo do Poder Judiciário.

Por processo efetivo deve-se entender aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporcione às partes o resultado desejado pelo Direito Material (BEDAQUE, 2010, p. 49). A este conceito, ousa-se acrescentar que a efetividade não se limita a atender ao resultado objetivado pelo Direito Material. Para que o processo seja realmente efetivo, além de atender ao que prevê a lei substantiva, também deve ser dotado de elementos capazes de tornar concreta aquela decisão, alterando-se o mundo fenomênico no qual ela foi proferida. Sem que isso ocorra, mesmo que a decisão seja justa e que atenda ao Direito Material, não haverá efetividade, concretude do mandamento ou declaração judicial.

Vale ainda ressaltar que quando se refere a processo, o foco reside, especificamente, no conflito de interesses representado dentro da relação jurídico-processual. Trata-se, assim, de conceito bastante restrito e técnico. Já quando se refere à justiça efetiva, o conceito é ampliado, pois o termo justiça revela-se com significado que ultrapassa o de processo.

De forma singela e não técnica, o termo justiça, muitas vezes utilizado sem qualquer critério, identifica-se com o próprio Poder Judiciário e seus diversos órgãos, porém ao se analisar a fundo o conceito, percebe-se que este seria apenas um dos aspectos ou prismas da palavra justiça. Outro, tão importante quanto, seria aquele relacionado à qualidade das decisões, ou seja, antônimo de injusto, subjetivamente considerado como qualidade ou aspecto dos provimentos jurisdicionais. Denominar-se-á, para fins didáticos e do presente estudo, como objetivo o primeiro e subjetivo o segundo, mas antes vale estudar o que pode ser entendido por justo.

Assim sendo, resta claro que existe uma grande diferença entre processo justo e efetivo, pois os conceitos, embora sejam complementares, não se confundem.

3.2.4 O Justo Como Valor Humano

Tarefa difícil seria encontrar uma solução ou conceito definitivo para o justo, como valor humano, pois qualquer definição que exija e envolva certo grau de subjetividade tende a fracassar, ao menos como parâmetro a ser acolhido em sentido genérico. Quanto maior o subjetivismo, menor será o grupo humano a ser atingido por aquele conceito, em termos de aceitação e cumprimento do seu conteúdo, salvo situações que se relacionam com regras e normas que prevêm o comando, bem como a respectiva sanção pelo seu descumprimento. Nestes casos, a aceitação ou cumprimento não decorre de concordância, mas sim do temor de represálias. Não é o que ocorre com o conceito ora estudado.

A comprovar o que aqui se diz, Pozzoli e Silva (2010, p. 52-53) ensinam:

a predisposição da alma à prática da justiça consiste no agir em plena conformidade com o que é justo; todavia, vislumbra-se nas ações justas a excelência moral perfeita que tem como fim o estabelecimento do *bem dos outros*. De fato, evidentemente isso implica afirmar e reconhecer a necessidade de se estabelecer determinada condição para o bom relacionamento com o outro, de forma que o indivíduo justo é aquele que é justo não somente para si, mas é justo para com os outros; conseqüentemente, suas ações, por serem boas e sobretudo justas, denunciarão as ações que lhe são contrárias, a justiça é a plenitude da virtude, ou seja, a excelência *moral* em absoluto. Esta característica que a define como perfeita situa-se não somente para o indivíduo agente, mas também para os que se correlacionam com ele. (grifos do autor).

Como se vê, a doutrina aponta o dilema de que o que é justo para um, nem sempre é para o outro. É tendência natural do espírito humano considerar determinada situação injusta quando se é o prejudicado, porém não se tem o mesmo rigor quando quem analisa sobre a justiça ou injustiça é o beneficiário do mesmo contexto fático. É de Nalini (2008, p. 16) a afirmação de que "a história do mundo poderia comprovar que cada qual pretende sustentar uma concepção de justiça que lhe dê razão e seja suficiente para deixar o adversário em má posição".

Por essa razão, é aceitável dizer que o conceito de justiça envolve, em certo grau e medida, elementos da ética e da moral, pois a ética é o instrumento por meio do qual se determina o valor dos comportamento humanos, medindo-os quanto utilidade, finalidade e conseqüências (POZZOLI; SILVA, 2010, p. 27).

Os termos *justo* e *justiça* estão relacionados a diversos outros conceitos e por tal razão a conceituação, de forma genérica, é tarefa árdua e não está imune a confusões a definição deles. Ao discorrer sobre as intempéries que envolvem o conceito do justo, Nalini (2008, p. 14-15) afirma:

na tentativa de fornecer elementos de compreensão do justo, não há limites para a criatividade humana. [...] Não houve pensador que deixasse de contemplar o tema justiça. Exatamente porque o ideal de "justo" é uma aspiração contida no mais íntimo da consciência humana. [...] O importante é enfatizar, como o faz Chaïm Perelman, que todas as concepções de justiça têm algo a ser assimilado. De todas elas pode ser extraído algo que auxilie na elaboração da noção própria. Esta seria a mais satisfatória, pois resultante de uma reflexão pessoal. Advirta-se, contudo, não existir uma só concepção que se mostre suficiente.

Com se nota, a questão do que é justo ou injusto depende, sobretudo, de quem está valorando a situação, pois o mesmo fato pode ser justo para determinada pessoa e injusto para outra. Imagine-se o simples exemplo de alguém sem qualquer cultura, que vive afastado da civilização, e que acaba por se envolver, por uma fatalidade, em uma discussão, na qual é

agredida física e moralmente, dando cabo à vida do seu oponente. Em sua concepção a ação pode parecer justa, pois está acostumada a agir da mesma forma com que é agredida. Ocorre que para outra pessoa, na mesma situação, porém com mais recursos para discernir como agir, seria justo apenas que o agressor sofresse a devida punição por parte do agente estatal incumbido de analisar o conflito social e aplicar as normas pertinentes. A carga de subjetivismo é muito grande.

Aqui interessa mais de perto o justo dentro da atuação do Poder Judiciário, o que facilita, de certa forma, o entendimento e a compreensão do conceito, porém não de forma absoluta, pois o critério de decisões jurisdicionais justas envolve, além das disposições do ordenamento posto, dos princípios, dos ensinamentos doutrinários e dos entendimentos jurisprudenciais, a carga subjetiva do magistrado, a quem é entregue a árdua incumbência de apreciar todo o conjunto probatório e fático, para que assim possa dar a resposta estatal e solucionar o conflito.

Calamandrei (2000, p. 181), confirmando o que aqui se diz, escreveu:

não digo, como ouvi repetir, que a inteligência excessiva seja prejudicial ao juiz; digo que o juiz ótimo é aquele em que prevalece, sobre a cauta celebridade, a pronta intuição humana. O senso de justiça, pelo qual, sabidos os fatos, logo se sente quem está com a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do Direito – como na música, em que a maior inteligência não consegue suprir a falta de ouvido.

A definição de justo é tarefa árdua, mesmo quando se limita o conceito para a atividade jurisdicional, porém decisão justa seria aquela na qual as partes puderam, com liberdade, expor todos os seus interesses, bem como tiveram oportunidade para, dentro das limitações previstas no ordenamento, produzir todas as provas que entenderam necessárias para a comprovação das suas alegações. Além disso, decisão justa é aquela na qual há o sentimento de que o órgão jurisdicional dispensou todos os seus recursos para solucionar a questão da forma mais equilibrada possível, com apreciação equânime das disposições legais pertinentes, bem como dos fatos. Deve existir, acima de tudo, a sensação de imparcialidade do órgão jurisdicional, sem qualquer tipo de direcionamento ou tendências, seja para qual lado for.

Mais uma vez, vale-se de Nalini (2008, p. 103), o qual diz que a Justiça é um valor a ser reconhecido sem necessidade de elucubrações. Ela precisa ser uma prática diária, um parâmetro de convivência e ideal a ser constantemente perseguido. É uma missão de todos, não de grupo seleto de pensadores.

3.2.5 Efetividade Objetiva da Justiça

Em vista do que foi exposto, conclui-se que o que justiça objetiva seria o aspecto palpável, tangível do Poder Judiciário, ou seja, os seus prédios, órgãos, servidores, magistrados, entre outros bens, materiais e humanos.

Segundo Nalini (2008, p. 46), "toda vez que se pretende caracterizar uma sociedade como exemplo de primitivismo, sujeita à barbárie e à lei do mais forte, fala-se em falta de instituições jurídica".

Talvez seja justamente daí que resulte o entendimento de que a *justiça* seja composta pelos órgãos e pessoas responsáveis pela entrega da prestação jurisdicional.

Sob tal prisma, o Poder Judiciário e a sua efetividade devem ser vistos em termos do melhor aproveitamento dos recursos disponíveis para o exercício das atividades típicas e atípicas. Assim, tanto a entrega da prestação jurisdicional, como o próprio funcionamento do Judiciário, entrariam neste conceito. Desde a sentença, até a realização de uma licitação para compra de materiais, tudo estaria englobado neste conceito denominado de objetivo, lembrando que o princípio da eficiência, correlacionado com as afirmações acima, é uma faceta de um princípio mais amplo, há muito tratado no Direito Italiano, qual seja, *principio da boa administração* (MELLO, 2002, p. 104).

Partindo-se de tal premissa, a efetividade objetiva acabaria por se confundir com a eficiência da máquina judiciária.

3.2.6 Efetividade Subjetiva da Justiça

Já sob o prisma subjetivo, a efetividade da justiça quer significar algo muito restrito e peculiar. Seria a entrega da melhor prestação jurisdicional possível, em termos de justiça, rapidez, qualidade, segurança e satisfação dos usuários, não apenas do que se sagrou vencedor na demanda, mas também daquele que foi vencido. Além disso, é efetivo o provimento que seja capaz de ser executado, como dito no item anterior.

O provimento justo é aquele que tem a característica mencionada acima, ou seja, conferir a ambas as partes envolvidas no litígio a ideia e sentimento em seus espíritos de que seus interesses foram entregues a um órgão jurisdicional imparcial e que despendeu de todos os seus recursos, com o intuito de entregar a melhor solução para aquele caso concreto que lhe foi apresentado.

Sob este prisma, em certa medida, a efetividade da justiça poderia até ser confundida com efetividade do processo. Poder-se-ia dizer que são duas formas de enxergar o mesmo

fenômeno, porém quando se trata da efetividade do processo, o que se foca é a relação jurídico-processual travada entre as partes, em conjunto com a atuação do Poder Judiciário. Já quando se fala em decisão justa, em efetividade desta justiça, os olhares voltam-se todos para a decisão em si, para o aspecto subjetivo do que se denomina justiça, para o justo no caso concreto.

Interessante é a observação de Nalini (2008, p. 61-62), ao se referir à justiça e validade da norma:

o Direito justo é aquele que está de acordo com os critérios ideais que devem presidir a boa direção e o ordenado desenvolvimento da coisa pública. O conjunto desses *critérios ideais* pode ser chamado de *justiça*. O problema, por todos conhecido, é que a norma jurídica pode ser *válida* sem ser *justa* e pode ser *justa* sem ser *válida*. Não há contradição nisso. A *validez* não é senão a conformidade da norma com o *processo legislativo*. Ou seja: ao formular o *pacto constitucional* – grande acordo da vontade predominante num dado momento histórico –, o povo, por seus representantes, adota formalidades para a elaboração das leis. Regras denominadas leis são – ou deveriam ser – a expressão da vontade geral ou, pelo menos, da vontade da maioria. Essa é a regra democrática. (grifos do autor).

A menção abre uma importante discussão e novamente conduz ao papel do julgador em relação à obtenção de provimentos justos. Muitas vezes ele irá se deparar com normas anacrônicas, deficitárias, injustas em si mesmas, o que demandará dele esforço interpretativo, a fim de que visualize o sistema como um todo orgânico, no qual uma parte depende da outra. Somente assim poderá extrair o máximo de utilidade do sistema, tornando-se efetivo. No caso das provas não é diferente, pois as regras acerca do Direito Probatório deverão ser interpretadas em conjunto, tendo por base a Constituição Federal, já que é essa a única via por meio da qual serão obtidos provimentos que atendam ao reclamo da sociedade.

Em complemento, é de André (2003, p. 03), na apresentação do livro de Beneti, a seguinte afirmação:

o direito das partes é a maior preocupação do verdadeiro juiz, que jamais deverá confundi-lo com a forma legal de alcançá-lo. A forma é em si mesma uma fonte de bens jurídicos, numa situação substantiva do interesse primário. É sempre, portanto, um instrumento e não o objeto. Subordinando-se a esse pressuposto, o juiz alarga seu horizonte jurídico, liberta-se do mal do formalismo, que não é forma, não fugirá do problema jurídico dos litigantes, e atenderá sem complicações e com oportunidade ao direito insatisfeito.

Não se pode olvidar de que justiça, vista sob o prisma subjetivo, é conceito imaterial, valorativo. O processo é também uma entidade imaterial, porém que se materializa por meio da relação jurídica processual e do procedimento, personificados estes no que se denomina

autos de processo. Assim, a efetividade do processo funda suas raízes na relação jurídico-processual e no procedimento, às vezes confundidos com os autos físicos, ou digitais.

É possível falar em efetividade da justiça quando a prestação jurisdicional atinge o ideal estabelecido em um Estado Democrático de Direito, como é o nosso, no qual deve ser entregue a quem de direito tudo aquilo que lhe pertence, na forma regulada pela legislação, respeitando-se todos os preceitos e garantias, consagrados através dos séculos de evolução pelos quais passou o Direito moderno, em especial o Direito Processual Civil, tema deste estudo.

O justo já seria um qualificativo de suma importância, algo a ser perseguido na atuação típica do Poder Judiciário. O justo e efetivo seria uma espécie de categoria máxima em termos de qualidade do provimento jurisdicional. Tratar-se-ia de aperfeiçoamento, em termos qualitativos, do que já é bom, tornando-o melhor ainda.

3.2.7 Processo Justo

Após as considerações feitas sobre a efetividade e da justiça, é hora de se definir o que vem a ser um processo justo.

Foi dito, entre outras coisas, que o justo engloba a natureza intrínseca de trazer ao espírito das pessoas a sensação de que tiveram o tratamento adequado aos seus interesses, ainda que não se saíam vencedores.

É justamente a partir de tal afirmação que se parte, definindo o que seria um processo justo.

O processo é o instrumento típico de que se serve a jurisdição, com a finalidade de entregar a prestação jurisdicional e solucionar o conflito de interesses, trazendo a almejada pacificação social por meio do monopólio da atividade jurisdicional.

Canotilho (2000, p. 494) trata do tema da seguinte forma:

como qualificar um processo como justo? (...) A *teoria processual* (*process oriented theory*), que poderíamos designar também por *teoria do processo devido por qualificação legal*, limita-se a dizer que uma pessoa *privada* dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na Lei. Consequentemente o acento tónico [sic] deve colocar-se na observância ou não do devido processo criado por lei para a aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade.

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um *processo justo*, pois uma pessoa tem direito não apenas a um *processo legal*, mas sobretudo a um *processo legal, justo e adequado*, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Esta última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented*

theory, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o “processo devido” começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa.

O autor relaciona o processo justo com o devido processo legal, ainda que em termos legislativos, porém o conceito de processo justo vai além disso.

Ele envolve muitos outros conceitos, dentre os quais devido processo legal, contraditório, ampla defesa, segurança jurídica, prestação jurisdicional em tempo razoável, entre outros.

Assim, um processo justo seria aquele utilizado como instrumento típico da jurisdição, exercido e utilizado de forma racional, com observação de todos os princípios e garantias previstos na Constituição Federal e legislação correlata, com o fim maior de entregar às partes uma decisão judicial que ao mesmo tempo satisfaça seus espíritos e pacifique o conflito de interesses surgido na sociedade, com suficiente grau de segurança e celeridade.

Neste sentido são os dizeres de Dinamarco (2005, p. 153), o qual adverte que o processo, além de produzir resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, ou seja, a materialização dos atos processuais deve observar certos *standards* previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law*. Dinamarco (2005, p. 153) fala em uma espécie de justo para dentro do processo, porém o justo deve se concretizar por mão dupla, tanto para dentro, quanto para fora do processo.

Assim, o processo deve ser justo para as partes, mas também para a sociedade, já que as demandas não têm como única finalidade solver os conflitos de interesses dentro do processo, mas também servir de medida educativa e fixadora de condutas para toda a sociedade.

3.3 O Processo Justo como Instrumento de Efetividade da Justiça

Discorreu-se sobre processo efetivo, justiça, efetividade desta, porém cumpre salientar que não é satisfatório um processo justo. Busca-se, como ideal, um processo justo e efetivo, pois este é o fim maior da jurisdição. É assim que se conquista a prestação jurisdicional no seu máximo de qualidade.

Em relação ao processo justo, cumpre salientar que a simples eliminação de litígios, sem o critério de justiça, equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias, as quais, ao invés de amainarem a insatisfação dos contendores, acabariam por se transformar em causa de decepções e descontentamentos no seio da sociedade (DINAMARCO, 2005, p. 359-360).

Já foi dito em outra oportunidade, mas nunca é demais lembrar que a decisão, para que atenda ao que dela se espera, além de justa, deve ser efetiva. Quanto a este aspecto, o julgador, na função de representante estatal direto do Estado-Juiz, é responsável imediato para que a máquina judiciária funcione bem. Deve estar atento aos elementos que tem a seu dispor, ainda que deficientes. Espera-se, sobretudo em uma sociedade como a nossa, que o magistrado não seja acomodado. Tem ele o dever, não somente funcional, mas também moral, de atuar no limite de seus recursos humanos e materiais, sem se descuidar de que sua primordial função é a de dar a resposta ao caso apresentado, sem a necessidade de que sua decisão esteja repleta de formalidades e linguagem rebuscada.

Para isso, é preciso que organize e gerencie bem seu local de trabalho, funcionários, despachos, decisões, sentenças, audiências, entre tantos outros detalhes que influenciam no dia-a-dia forense e na entrega da prestação jurisdicional. O tempo é sempre um perigoso inimigo do processo. Nas palavras de Telles Júnior (2011, p. 159), "o processo justo deve oferecer a tutela jurisdicional em tempo hábil, a fim de que o tempo não atue como inimigo daquele que busca a resposta estatal". Aliás, segundo pensamento do autor deste estudo, a formação do magistrado deveria passar, obrigatoriamente, por técnicas de administração e gerenciamento, já que cada dia mais as unidades judiciárias se assemelham com pequenas empresas prestadoras de serviço. O Conselho Nacional de Justiça tem contribuído muito para que isso se torne realidade, porém as iniciativas ainda são tímidas.

Sobre essa conduta do julgador, da qual depende a obtenção de um processo justo e efetivo, ressalta Beneti (2003, p. 13):

o juiz não é profissional instituído para tecer brilhantes considerações literárias, doutrinárias ou de erudição. Pode ele ter também conhecimento que o alce à condição de doutrinador, mas para isso, em princípio, deverá procurar outros campos de atividade, que não o jurisdicional. Fará concursos, defenderá teses, exercerá atividade docente permitida. O processo, entretanto, não é destinado a esse tipo de preocupação, conquanto a fundamentação seja sempre necessária. No processo, a tônica deve ser decidir e executar, razão pela qual, aliás, é preciso pensar, a cada decisão, já na maneira de execução segura.

O Direito Probatório, neste contexto, serviria como uma espécie de caminho a ser trilhado, na busca da utilização do processo como instrumento de efetividade da justiça. Leva-se em conta a atuação do magistrado, principalmente no momento de deferimento, produção e valoração das provas. O julgador, diante do Direito Probatório, seria o fio condutor entre a utilização dos meios de prova, de forma racional, para a busca de um processo justo e efetivo.

Conforme Gama (2002, p. 20), há reformistas que defendem a necessidade de imposição de limites aos meios probatórios, como um dos elementos capazes de conduzir à efetividade do processo, sendo que o móvel de tais reformistas está ligado ao tempo e ao processo, porém nunca é demais lembrar que não se pode sacrificar a segurança jurídica com o objetivo de conferir celeridade e suposta efetividade.

Defende-se aqui o contrário, ou seja, deve haver liberdade de utilização dos meios e prova, com intervenção do julgador, caso necessário, para que assim se extraia decisão mais justa e segura. Nisso está, verdadeiramente, a efetividade, pois se diminui as chances de alteração de tais decisões.

Para que se consiga este intento, além da especialização do órgão jurisdicional, é de suma importância que se garanta às partes a efetiva participação no processo, seja por meio de manifestação ou produção de provas. A parte deve ter oportunidade para influir no resultado do processo. Este seria um dos aspectos principais para que se obtenha efetividade por meio do instrumento processo.

Cumpra sempre lembrar que o processo tem uma função social, a qual se identifica com a pacificação dos conflitos e solução das instabilidades sociais. Sobre o assunto, Gama (2002, p. 27):

para a pacificação social, não há como negar que o processo deve ser eficiente e cumprir com o seu escopo social. Para evitar débitos impagáveis, o Estado merece ser reestruturado para melhor prestar a sua função-dever-poder de distribuidor da Justiça. A estabilidade social é promovida pelo exercício da jurisdição, isso porque os indivíduos agem e sabem que contam com um órgão que vai impor a outrem a sua vontade (assegurada por lei). Dessa forma, afasta-se a justiça pelas próprias mãos, amparando-se aquele que realmente tem direito a ser protegido. Ainda, é importante ressaltar que a própria coletividade tem interesse na paz social. Por fim, a atividade jurisdicional é meio educativo na medida em que conscientiza os jurisdicionados da existência de direitos e obrigações, além da disposição estatal de fazer com que estes valham na medida correta da disposição da Lei.

E neste aspecto social do processo também se insere a oportunidade de participação do cidadão. Este é, inclusive, um dos aspectos da democracia. Neste sentido, Lima (2002, p. 97) diz que "de fato, não se compreende o lado ativo da cidadania sem o direito de participar das atividades e funções do Estado, dentre as quais se inclui a jurisdicional".

A efetividade seria uma espécie de aprimoramento da prestação jurisdicional e um dos aspectos dela é o processo justo. Aquele que confere às partes efetiva participação, possibilidade de influir na decisão do julgador, mas que ao mesmo tempo traga ao espírito das

pessoas, tanto das partes quanto da sociedade em geral, que o órgão jurisdicional é isento de qualquer influência que não seja oriunda da Lei e dos deveres funcionais do julgador.

Por meio do processo justo potencializa-se, consideravelmente, as chances da obtenção de um processo efetivo, na acepção dada ao termo logo acima. Não apenas o justo deve ser buscado, mas sem dúvida ele é um dos importantes elementos do processo, capaz de trazer a tão sonhada efetividade da justiça.

3.4 O Juiz e seus Poderes Processuais

3.4.1 Poderes Instrutórios: Aspectos Históricos

A magistratura, na forma como é conhecida hoje, passou por muitas fases, influenciada por questões sociais, políticas e legais⁴². A própria divisão do Estado e a forma como os poderes existem e se relacionam não é acontecimento muito recente, conforme colhido em Sundfeld (2011, p. 43), o qual menciona que a formulação teórica da divisão dos Poderes e funções do Estado foi feita na clássica obra *Do Espírito das Leis*, escrita por Montesquieu, publicada em 1748.

Para se ter ideia das diferentes funções que foram exercidas pelos magistrados no decorrer dos séculos, extrai-se da obra de Coulonges (2011, p. 234) a seguinte afirmação: "quando se examina, atentamente, o caráter do magistrado entre os antigos, verifica-se quão pouco ele se parece com os chefes de Estado das sociedades modernas. Sacerdócio, justiça e comando se concentram em sua pessoa".

Adentrando na Idade Média, durante esse conturbado período, muitas transformações sociais e políticas ocorreram na Europa, com o surgimento e definição de novos conceitos e institutos jurídicos e nessa época a magistratura passou por uma fase de indefinição e a partir do século IX, com o desenvolvimento das corporações, multiplicação de riquezas e aumento do poder das instituições religiosas, com ênfase para a Igreja Católica, foi sendo desenvolvido um novo papel para a magistratura. O século XVII foi marcado pelo grande poder dos magistrados, confusão entre as funções do Estado e de representação dos interesses do povo, o que gerou muitas atrocidades e arbitrariedades. Após, a partir do século XVIII, foram extintos

⁴² A história da magistratura, mesmo vista em largos traços, revela diferentes concepções de seu papel social e político. A evolução das sociedades humanas, a complexidade crescente das organizações sociais, a experiência com diversas formas de governo, tudo isso influenciou sobre o papel atribuído à magistratura, que variou muito. As diferentes situações estabelecidas através do tempo, a partir da Grécia e passando por Roma, foram plantando ideias e inspirando soluções, gerando uma acumulação de teorias e experiências que se acham refletidas nas situações contemporâneas (DALARI, 1996, p. 08).

os tribunais das corporações e alguns criados por regimes absolutistas, incompatíveis com a democracia em surgimento. Das práticas judiciárias desse período conflituoso resultaram, em grande parte, as linhas da magistratura do Estado moderno (DALARI, 1996, p. 11-12).

Em relação aos poderes instrutórios do julgador, segundo Bedaque (2011, p. 83-90), a tendência da doutrina estrangeira é de alargamento deles, porém há ordenamentos bastante restritivos quanto ao tema, de modo que seria possível dividir o Direito alienígena, neste aspecto, em três grandes grupos: os que não admitem; aqueles que admitem, mas com restrições e, por fim, os que admitem de forma ampla a investigação probatória, de ofício, pelo julgador. Dentro do primeiro grupo cita-se o Direito espanhol. No segundo, o exemplo seria o ordenamento alemão, no qual a prova testemunhal é a única cuja produção depende exclusivamente da parte. O sueco e colombiano também entrariam no segundo grupo. Por fim, dentre os que aceitam de forma ampla a investigação do juiz estariam Chile, Peru, Uruguai, Bélgica, Argentina, México, além da Itália, na qual há certa controvérsia em relação à extensão desses poderes.

O Brasil é apontado, pela doutrina estrangeira, no grupo em que também se incluem Alemanha, Itália, México, Argentina e outros, como um país no qual se encontra sedimentada a tendência pelo reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz (BEDAQUE, 2011, p. 93).

Bedaque (2011, p. 78-79) prossegue em suas considerações e diz que nas Ordenações o magistrado brasileiro era obrigado a julgar de acordo com o que havia ficado provado, ainda que sua consciência direcionasse em sentido contrário ou mesmo que ele soubesse ser a verdade contrária ao que havia sido provado nos autos. Menciona que em períodos mais remotos do Direito Germânico e Romano, verificou-se que o ônus da prova cabia, estranhamente, somente ao réu. No século XIX, para arrematar, o processo era concedido como um meio pelo qual se asseguravam direitos subjetivos das pessoas, não havendo o escopo público do processo, a finalidade de pacificação social e a solução dos conflitos de interesses. Uma das características desse período é a desconfiança nos órgãos estatais, inclusive os jurisdicionais, motivo este da limitação à atividade do juiz no processo, chegando-se ao extremo de ser negada ao julgador a liberdade de reconhecer, de ofício, a ausência de pressupostos processuais para o ajuizamento e prosseguimento da demanda.

No exercício da judicatura, bem como em estudos e observações, o autor do deste nota que no Brasil existe forte resistência no que toca aos poderes instrutórios do magistrado, o que certamente é derivado da clássica tendência do Direito antigo no sentido de retirar do julgador qualquer poder relativo às provas.

Por aqui a reação a esse engessamento dos poderes instrutórios iniciou-se na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, por meio das ideias de Aureliano de Gusmão, que já em 1922-1924, fundado na legislação alemã, austríaca e húngara, sustentava a possibilidade do juiz ordenar, de ofício, qualquer providência que fosse necessária para a apuração e elucidação dos fatos debatidos no processo (BEDAQUE, 2011, p. 80).

Da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 extraí-se que uma das importantes mudanças ocorridas no Livro I, qual seja, "o projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário".

Feitos esses breves comentários, uma questão que sempre preocupou os estudiosos e continua sendo tema de debates, estando intimamente ligada aos poderes instrutórios, é a forma de escolha das pessoas encarregadas de proferirem as decisões judiciais. Pelo mundo, colhe-se os mais diversos sistemas. Vai-se desde eleições livres, até concursos públicos de provas e títulos. No Brasil, atualmente tem-se um sistema misto. Os magistrados de primeira instância são todos recrutados por meio de concursos públicos de provas e títulos, via de regra, rigorosos, os quais objetivam avaliar o futuro julgador em diversos prismas, tais como psicológico, técnico, social e moral. O acesso aos órgãos colegiados é por processo misto. Parte dos profissionais é oriunda da carreira da magistratura e parte de outras, tais como Ministério Público e Advocacia, envolvendo participação dos outros dois Poderes na escolha e seleção dos candidatos. Quanto aos tribunais superiores, o processo é um pouco mais complexo e assume ares de escolha política, com grande influência dos outros dois poderes da República, Executivo e Legislativo.

O legislador constituinte brasileiro procurou inserir um elemento multidisciplinar no Poder Judiciário, seja por meio da previsão da participação de outras carreiras, seja por meio da interação dos outros Poderes na escolha de integrantes dos órgãos colegiados, isso certamente com o objetivo de implementar a conhecida técnica denominada *checks and balances*, denominada no idioma português de freios e contrapesos.

Ao tratar dos problemas relacionados com a seleção de pessoas destinadas a julgar em nome do Estado, Dalari (1996, p. 09-10) escreve:

tomando-se como ponto de partida a cidade-estado grega, verifica-se que o título de *magistrado* era dado a um cidadão que exercesse algum tipo de poder de comando, civil ou militar, no interesse público. Conforme registra Aristóteles, o magistrado (*arké*) poderia ser escolhido por eleição ou por sorteio e qualquer cidadão poderia ser escolhido, o que, obviamente, elimina a hipótese de exigência de conhecimentos especializados para ter acesso à magistratura. [...] Em Roma, a magistratura foi ganhando maior complexidade com o passar do tempo, sofrendo influência da expansão territorial, da integração de novos povos e costumes e das mudanças

políticas e sociais que se sucederam no correr dos séculos. [...] o desenvolvimento extraordinário do Direito romano acabou influenciando para que fossem escolhidos cidadãos conhecedores do Direito, para certas magistraturas, embora se mantivesse a ideia fundamental de representação, com a seleção por meio de eleições.

Atualmente, o Poder Judiciário encontra-se estruturado, a princípio, na Constituição Federal e em seguida nas Constituições e demais leis estaduais, com ênfase para os Códigos de Organização Judiciária de cada Estado da Federação.

Como se nota por meio da evolução histórica constante logo acima, os poderes dos julgadores evoluíram na medida em que os institutos jurídicos e políticos, atrelados ao conceito de Estado, evoluíram e atualmente muito se tem falado sobre a expansão e fortalecimento dos poderes dos julgadores, tema que será analisado mais à frente.

3.4.2 Processo Civil e Processo Penal: Papel Distinto do Julgador

Situação interessante e que merece algumas considerações é a aparente contradição que existe entre a evolução dos poderes dos juízes cíveis e a retração do conferido aos juízes criminais.

Recentemente houve uma reforma no Código de Processo Penal (Lei n. 11.719/2008), por meio da qual foram introduzidas algumas mudanças significativas, dentre elas a instrução feita diretamente pelas partes, ou seja, o magistrado deixou de ser o responsável, a princípio, pela colheita dos testemunhos prestados em juízo, passando o figurar em último lugar na sequência de perguntas feitas às testemunhas.

Com a mudança, alguns passaram a sustentar que o magistrado estaria perdendo os poderes no foro criminal, porém é inapropriada tal afirmação, uma vez que o que se fez foi apenas uma correção em detalhes atinentes à colheita das provas. O julgador, tanto no processo penal, quanto no civil, é destinatário, não autor da prova, por isso nada mais coerente do que não ser o responsável pela produção da prova testemunhal, devendo, como destinatário, apenas complementar a atividade probatória das partes, como é no processo civil.

No processo penal, é bom salientar, lida-se com direitos indisponíveis, pois o que está em jogo é a restrição da pessoa, além de aspectos atinentes ao direito da personalidade, tais como nome, antecedentes, dignidade, honra e *status* social perante o meio em que vive. Como se nota, em jogo estão sempre interesses de alta grandeza e complexidade.

Partindo-se de tal premissa, sempre é dito que no processo penal os sujeitos processuais devem primar pela busca da verdade, dita real, de modo que se sedimentou a

dicotomia entre o Direito Processual Penal e Civil, quando o assunto era a busca pela verdade e produção de provas pelo órgão julgador.

Em vista das alterações citadas, bem como por meio do que já se disse, na verdade o fenômeno que está ocorrendo entre o processo penal e civil é a aproximação dos dois, caminhando o civil para alguns aspectos tradicionalmente pertencentes ao campo do processo penal.

Prova disso é a alteração no tocante à inclusão do princípio da identidade física do julgador no processo penal, até então previsto apenas para o processo civil, prevista no art. 399, §2º: "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença".

Não há diminuição do poder do juiz criminal, mas sim correção de algumas distorções, transferindo-se, a princípio, a atividade probatória às partes, ingressando o julgador nesse campo somente se elas forem omissas ou atuarem de forma deficitária na colheita da prova. É justamente esse o comportamento que se defende ao juiz cível, ou seja, é necessário que se fortaleçam os poderes do magistrado para que possa atuar com independência, imparcialidade e buscar as provas necessárias para a prolação de decisão com o máximo de segurança, tanto no campo do processo civil, quanto penal.

A independência dos julgadores, a iniciativa probatória, é de suma importância para o fortalecimento do Estado Democrático e concretização de diversos princípios e mandamentos expostos na Constituição Federal. Quanto à independência do julgador, a corroborar o que aqui se disse, Dalari (1996, p. 45) afirma que "longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para a harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos".

Como se nota, confundem-se os que afirmam enfraquecimento dos poderes do julgador na esfera criminal.

Na verdade, em ambos os campos, o julgador deve ser visto como destinatário das provas, não como responsável por sua produção, pois se assim for a imparcialidade do órgão jurisdicional estaria comprometida e sem ela todo o sistema entraria em colapso. Embora o juiz não seja autor da prova, acredita-se que em ambos os casos, civil e penal, deve ele complementar a atividade probatória das partes, independentemente de se tratar de direito disponível ou não, a fim de que extraia, ao final, decisão que se aproxime dos ideais de justiça e efetividade que se espera do Poder Judiciário moderno.

3.5 Elementos Sociais como Fator de Transformação do Poder Judiciário

Do item anterior extrai-se que o papel do julgador, no que se relaciona com seus poderes investigatórios e instrutórios, evoluiu com o passar do tempo, embora em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros ainda exista forte resistência para o movimento de ampliação dos poderes instrutórios do juiz.

Essa evolução, em primeiro lugar, é fruto do processo natural do próprio Direito, pois ele é dinâmico: nasce, morre e adapta-se de acordo com o seu meio.

Assim, como primeiro e mais forte fator a influenciar a mudança de paradigmas sobre o papel do julgador no campo da investigação e instrução probatória tem-se o movimento natural e singular do Direito, porém não apenas ele. Dirigindo o foco para o Brasil, acredita-se que outros motivos de grande importância, relacionados a fatores exógenos à estrutura do Poder Judiciário, também contribuíram para as mudanças. Entre eles, poderiam ser citados a própria evolução social, o crescimento e melhoria dos meios de comunicação, a abertura do Judiciário perante a sociedade e a maior divulgação dos direitos aos seus detentores, a coletivização do Direito e das demandas, a politização de demandas, entre outros. Passa-se à análise de alguns deles.

3.5.1 A *Internet* e o Judiciário

Em relação aos meios de comunicação, destaca-se a *Internet*, a qual causou uma verdadeira revolução na forma como as pessoas se comunicam e celebram negócios. A cada dia presencia-se novos mecanismos negociais, gerenciais e de buscas no meio virtual, situações que demandam mudança de paradigmas por parte do legislador e do aplicador da Lei.

Sobre o assunto, Garcia e Santos (2012, p. 12) escrevem:

considerada a amplitude das possibilidades de formação de relações jurídico-sociais na *Internet*, a cada dia surgem mais conflitos em decorrência da nova dinâmica, o que é natural. Afinal, com a evolução da sociedade, os próprios conflitos entre as pessoas passam por uma alteração no modo de configuração. Cabe ao Direito acompanhar o dinamismo da sociedade, adequando suas normas materiais e processuais para atender ao seu fim maior, que é o de garantir a pacificação social e a relação da justiça.

Certo é que a sociedade ainda não está preparada, em termos legislativos, para lidar com todas as novidades que já estão em uso e que a cada dia surgem, porém, como já se disse logo acima, o Direito é dinâmico. Ele se adapta, naturalmente, ao meio em que é aplicado e, em relação a essa questão, não é diferente.

Partindo-se de tal pressuposto e tendo em vista que essa revolução afeta a própria relação negocial, conseqüentemente, há influência no modo de se iniciar o processo, instruí-lo e julgá-lo, de modo que, em relação ao tema foco deste trabalho, são necessárias adaptações para essa nova realidade.

A formação dos autos físicos de processo, a começar, vem sofrendo radical inovação, pois se vive a chamada era do processo digital, na qual em breve não existirão mais autos físicos como ainda há. Em futuro breve eles serão totalmente substituídos por um arquivo de dados, no qual se encontrarão todas as peças processuais, bem como serão praticados os atos pelos sujeitos processuais.

A legislação que trata do assunto em âmbito federal é a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, além de outros atos correlatos em cada Estado, normas das Corregedorias, do Conselho Nacional de Justiça, entre outros. Um exemplo de como a novidade afeta o campo do Direito Probatório é que a Lei mencionada traz conceitos como *documento digital* e *extratos digitais*, porém não há definição do que eles são exatamente, de modo que tal questão tem gerado dúvidas e algumas discussões, a serem assentadas pela doutrina e jurisprudência em futuro breve. Somente este pequeno exemplo deixa claro que será necessária atividade interpretativa do magistrado no campo probatório, bem como será afetado o modo como ele desenvolve o seu trabalho de investigação e instrução do processo.

Assim sendo, se a formação do processo sofre radical mudança, é óbvio que o magistrado também deverá ser adaptar à nova realidade, lançando mão de seus poderes e deveres, para prestar a melhor jurisdição possível. Este deve, sempre, ser a primordial razão que o guiará na busca pela verdade.

Além da mudança na própria forma de se litigar, a *Internet* exerce outro grande papel na transformação do Poder Judiciário, pois com a rapidez e dinâmica na transmissão de informações e conhecimento, as pessoas, a cada dia, tomam maior conhecimento dos seus direitos, bem como dos meios para solucioná-los perante o Judiciário. Diversas campanhas são veiculadas, dia após dia, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entre outros, em vários meios de comunicação, na tentativa de esclarecer a população sobre os seus direitos e funcionamento dos órgãos públicos, em especial do Poder Judiciário.

Alia-se a esse fato a facilitação crescente de acesso à justiça, com a criação de juizados especiais e mais recentemente dos juizados da fazenda pública (Lei n. 12.153/2009), de modo que tais fatores vêm causando maior judicialização de problemas que antes permaneciam na esfera privada dos envolvidos.

Como se nota, a *Internet* tem forte influência sobre a forma de prestação jurisdicional, em especial em como o magistrado vai passar a se portar para bem instruir os processos que estão sob sua guarda, a fim de que possa entregar, cada dia mais, jurisdição de qualidade.

3.5.2 Economia e Judiciário

Outro fator preponderante para a transformação do Poder Judiciário é aquele constituído por questões econômicas, internas ou externas, uma vez que o quadro econômico de determinada estrutura social ou organização evidentemente gera reflexos na vida dos seus integrantes e isso, inevitavelmente, cedo ou tarde, acarreta efeitos na forma de se litigar e procurar respostas jurisdicionais. Exemplo típico do que aqui se diz, no caso do Brasil, é a avalanche de ações que aportam diariamente nos fóruns de todos países, ajuizadas em vista de *planos econômicos* passados e confiscos, ainda que temporários, de valores pecuniários pertencentes aos cidadãos.

Sobre essa realidade, Faria (1991, p. 96-97) escreve:

no caso do Brasil, por exemplo, o que se tem é uma realidade altamente contraditória expressa por um dualismo estrutural iníquo, resultante de uma perversa estratégia de crescimento econômico com base num modelo de desenvolvimento assentado no poder investidor, organizador e planejador do Estado. Tal modelo [...] quanto mais se consolidou ao longo das últimas décadas, por um lado regrado exigências inéditas e problemas complexos para a governabilidade desse Estado intervencionista e, por outro, redefinido o significado político de realidades sociais antigas, mais acentuou as desigualdades estruturais, das quais a desigualdade de renda, marginalidade de grandes segmentos da população, a erosão das identidades coletivas e a multiplicação e o inter cruzamento das linhas de conflito são algumas das conseqüências [sic]. Os efeitos perversos desse modelo, aqui apenas sumariados, configuram um círculo vicioso de conseqüências [sic] explosivas a médio e longo prazo.

Ainda sobre a mesma temática Lopes (1984, p. 125) diz que a sociedade brasileira é muito complexa, no sentido de que a industrialização promoveu especializações regionais em toda parte, de modo que houve o surgimento de alguns setores econômicos mais fortes e dinâmicos e outros. Do mesmo modo, também há complexidade nas relações de produção, de vão de métodos tribais até as típicas do capitalismo avançado de grandes centros, como o eixo São Paulo-Rio de Janeiro-Belo Horizonte.

Nas resta dúvida de que tais diferenças refletem-se na sociedade e no Judiciário. O modo de se litigar em cada um desses locais é diferente, a depender do contexto social em que se vive e o aspecto econômico, como se nota, é de suma importância quando nos referimos ao

Poder Judiciário. Uma zona industrial, tal como Manaus, exigirá um Judiciário diferente de uma pequena Comarca do interior do Estado de Goiás, por exemplo.

Cappelletti (1993, p. 56-57) diz que o nascimento do *welfare state*, Estado Social, ou Estado do Bem-Estar, bem como o crescimento dos setores ou poderes administrativo e legislativo do Estado, foram resultado de um acontecimento histórico de fundamental importância, qual seja, a Revolução Industrial, com todas as suas amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais. Diz ainda que essa grande revolução poderia ser sintetizada em uma palavra, não muito elegante, mas expressiva: *massificação*.

Embora o autor refira-se ao inchamento dos Poderes Legislativo e Executivo, não se pode negar que o Judiciário também acabou sofrendo as consequências da dita Revolução. Desde a Revolução Industrial sente-se marcadamente as mudanças que hoje desaguam em forma de ações perante o Poder Judiciário.

Quanto a este aspecto, no exercício da judicatura, o autor do estudo pode testemunhar que nos últimos 10 anos, período em que exerce a magistratura, vem sentindo os efeitos do crescimento populacional, do aquecimento da economia e da ascensão de parte da camada de baixa renda a um patamar mais elevado na pirâmide social. Tudo isso, sem dúvida, fez com que uma parcela da população, antes distante dos fóruns, a eles se socorresse, principalmente em relação a questões ligadas à prestação de serviços e direitos do consumidor.

Com o crescimento da economia e o acesso cada vez maior da população a alguns serviços, necessariamente, houve mudança na forma de se litigar e questões que antes não chegavam aos tribunais, começaram a aportar pelos balcões do Judiciário, espalhados por todo país, com ênfase para os Juizados Especiais de Pequenas Causas e Juizados da Fazenda Pública.

O maior conhecimento sobre seus direitos, aliado ao aumento da chamada classe C e mesmo à melhoria de condição econômica da classe média, causa o fomento na procura pela prestação jurisdicional. Cumpre salientar também que as empresas, por razões que se desconhece, insistem em não cumprir direitos básicos do consumidor. A impressão é de que o custo do litígio, para grandes grupos econômicos, compensa em termos financeiros, de modo que preferem o litígio a eventualmente cumprir todas as determinações legais e regulamentares sobre a prestação de serviços de boa qualidade. Infelizmente, a má-fé citada não é apenas das empresas, pois também há o mau uso de diversos instrumentos jurídicos por advogados despreparados ou mal intencionados. As partes, muitas vezes, utilizam-se de artifícios, dissimulações e ardis para tentar algum benefício perante o Judiciário, de modo que

essas manobras exigem muita cautela por parte do magistrado, seja no recebimento do feito, na produção da prova ou no julgamento de demandas em casos como os citados.

3.5.3 Coletivização do Direito e Direitos Sociais

Outros fatores que contribuíram para a mudança no papel do julgador são a chamada coletivização do Direito e o surgimento dos direitos sociais, uma vez que passaram a exigir tanto do legislador, quando do intérprete, nova postura e novos instrumentos para a solução de questões atinentes a grupos de pessoas, determináveis ou não.

Ao discorrer sobre a insuficiência do Código de Processo Civil em tutelar questões coletivas, Rodrigues (2008, p. 54) diz:

quando se confrontam com as técnicas processuais existentes no Código de Processo Civil certos problemas que são fruto de uma sociedade de massa (consumidor, ordem econômica, meio ambiente, etc.), em que os interesses postos em jogo são representados por um único objeto, indivisível, que interessa a titulares indeterminados sem um vínculo concreto que os una, senão, apenas, a fruição do mesmo e único bem, certamente o Código de Processo Civil, tradicional, individualista e exclusivista, não conseguirá oferecer uma resposta satisfatória, ou soluções justas, com os institutos que possui, posto que estes são voltados para uma dimensão individual, tais como o litisconsórcio, a legitimidade *ad causam* e até a regra da coisa julgada *inter partes*.

Em vista da deficiência da legislação processual civil, outras leis vieram após o Código de 1973, podendo ser citadas a que trata da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), porém ainda assim é necessário que o julgador seja perspicaz e tenha argúcia na condução de ações coletivas, pois a antiga postura tímida, comedida e distante, postulados de um Estado liberal, o qual se contentava com mera igualdade formal, passou a dar lugar a um comportamento ativo, envolvente e participativo do juiz (RODRIGUES, 2008, p. 127).

É justamente este o caminho indicado por Ramiro (2009, p. 52-53), o qual ensina que:

o jurista deve romper com o dogmatismo e a obediência fiel à lei, quando esta se mostrar injusta, devendo ter uma postura reflexiva, combativa e criativa perante o ordenamento jurídico, para que possa, com seu trabalho, contribuir para a emancipação dos oprimidos e para que não faça uso do Direito como querem os donos do poder; isto significa dizer: o jurista não deve acreditar que possui uma neutralidade absoluta, sob pena de, em o fazendo, manter a dominação e fazer do Direito um instrumento hegemônico de manutenção do *status quo*.

O Brasil, em especial, merece atenção redobrada, pois a experiência democrática é recente e ainda guardamos resquícios de períodos negros de nossa história. Até pouco tempo atrás vivíamos grande instabilidade social e econômica. Experimentou-se diversos *planos econômicos* para chegar à aparente estabilidade atual, porém não se pode nos descuidar de que a tarefa do Poder Judiciário, em países como o Brasil, é de suma importância para que se preserve a higidez das instituições e dos direitos conquistados até o presente momento. A sociedade, como um todo, especialmente os movimentos civis organizados, deve cobrar das autoridades responsáveis, inclusive do Judiciário, postura que corresponda ao movimento de democratização no qual se ingressou, e do qual não se deve, em hipótese alguma, desviar.

Ao discorrer sobre o papel ativo do julgador, dentro da realidade social e econômica brasileira, Alves (2012, p. 99) expõe:

no caso brasileiro após 1988, a tarefa do magistrado é bastante complexa, pois a Constituição é nitidamente compromissária e imbuída de questões valorativas e principiológicas. Realidade acrescida de um contexto social onde as desigualdades econômico-sociais são enormes e muitos dos direitos fundamentais previstos no texto da Carta Maior não passam de meras promessas carentes de concretização. Ao optar por uma decisão de perfil ativista, o representante do Poder Judiciário retoma aspectos nitidamente realistas e pragmatistas do Direito; preocupa-se com as consequências da decisão, com a concretização de princípios e direitos constitucionais, com sua possibilidade de cumprimento e com seus reflexos jurídicos, políticos e sociais.

Ainda com relação aos direitos coletivos, citados por Cappelletti e Garth (2002, p. 31) como uma das ondas de acesso à Justiça, acredita-se que o fluxo é consequência da própria massificação da sociedade e das relações, conforme acima mencionado.

É natural que, em vista das mudanças na forma da sociedade consumir, exige-se do legislador e do aplicador da Lei novos modelos, a fim de tentar, na medida do possível, resguardar todos os interesses envolvidos em tais situações. É a sociedade de massa que exige um Judiciário ativo e voltado para questões coletivas.

Quanto aos direitos sociais, o Brasil apresenta algumas peculiaridades, as quais, ao que tudo indica, são derivadas da tentativa de se evitar o retorno a períodos antidemocráticos vividos pela nação, nos quais a questão social foi colocada de lado. É o Estado reconhecendo a culpa por atos do passado e redimindo-se perante a sociedade. Essa é a impressão que o autor deste estudo tem, ao ler os artigos que tratam dos direitos sociais na Constituição Federal (artigos 6º a 11). Essas peculiaridades geram situações inusitadas, quando o ordenamento brasileiro é comparado com outros, tais como o Alemão.

Segundo Silva (2011, p. 23-24), o caso brasileiro é diverso, já que além dos direitos de cunho meramente protetivo, a Constituição garante os sociais e os dos trabalhadores, o que acaba por evitar muitos problemas que deram início a profundos debates na Alemanha sobre a constitucionalização do Direito e os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Típico exemplo, fornecido pelo autor, foi a discussão sobre a igualdade entre salários para os homens e mulheres naquele país, a qual não apresenta qualquer relevância no Brasil, já que a questão é resolvida de forma expressa na Constituição Federal.

Ocorre, como é sempre bom lembrar, que a lei, mesmo a Constituição, não resolve todos os problemas. No exemplo dado acima, ainda que não seja possível um debate jurídico sobre a igualdade de salário para homens e mulheres, na prática sabe-se que não basta a lei prever determinada conduta para que ela se concretize. Foi dito em outra passagem, e nunca é demais frisar, que o legislador brasileiro tem o péssimo hábito de tentar eliminar situações do mundo dos fatos com a edição de leis, esquecendo-se de que para a concretização do que consta da lei é necessário contexto social próprio e aparato estatal eficiente. Citam-se, a título de exemplo, as regras que introduziram o procedimento monitório em nosso país⁴³, hoje sem qualquer utilidade prática, evidentemente por questões culturais, pois infelizmente constata-se que a sociedade brasileira tem propensão ao litígio judicial.

Splicido e Pozzoli (2011), no prólogo da obra *Teoria Geral do Direito – Ensaios sobre dignidade humana e fraternidade*, escrevem:

a vida é um caminho, uma jornada, constituída de várias etapas. Das que estão por vir, nada sabemos. Das que já passaram, carregamos o aprendizado e com ele, interiormente, crescemos. E todo esse aprendizado nos induz a prosseguir, caminhar cada vez mais. Caminho este que nem sempre é fácil, mas conforme um provérbio chinês *uma grande viagem sempre começa com um único e primeiro passo* (grifo dos autores).

A ideia acima traduz bem a história do Brasil em relação aos direitos sociais. Segundo a doutrina especializada, a ordem social, assim como a econômica, no âmbito mundial, adquiriram reconhecimento e dimensão jurídicas a partir do momento que passaram a ser disciplinadas, de forma sistemática, nas constituições, o que se iniciou com a mexicana, de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a prever título específico para a ordem social e econômica foi a de 1934, sob forte influência da Constituição alemã de Weimar, o que se seguiu nas constituições posteriores (SILVA, 2005, p. 285).

Nota-se que foi necessário o primeiro passo e após ele vieram outros. Com o passar do tempo e o amadurecimento da democracia brasileira, outras conquistas têm ganhado corpo

⁴³ Arts. 1102-A, B e C, do Código de Processo Civil.

e materializam-se por meio da legitimação social de algumas leis, com ênfase para a Constituição Federal de 1988, conhecida como *constituição cidadã*.

Em relação aos direitos sociais, não se pode olvidar de que correspondem a um dos aspectos da massificação das relações. Como foi dito anteriormente, a previsão dos direitos sociais e econômicos iniciaram com a Constituição do México, em 1917, porém, a preocupação com os direitos sociais ganhou maior importância após os efeitos catastróficos causados pela Segunda Guerra Mundial.

Cappelletti (1989, p. 41) ensina que:

constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o Estado a superar os limites das funções tradicionais de "proteção" e "repressão". O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um "gendarme" ou "night watchman"; ao contrário, o Estado Social – o "État providence", como o chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*.

No campo dos direitos sociais, a criatividade e o esforço interpretativo dos julgadores deve ser maior, pois como o próprio nome sugere, os direitos em questão estão diretamente ligados ao social, sofrendo, por consequência, forte influência dos fenômenos sociais, merecendo o mesmo dinamismo que se vê no meio comunitário. Não é por outra razão que Cappelletti (1999, p. 42) diz ser "manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais".

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do Direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (CAPPELLETTI, 1989, p. 42).

Assim, tanto a coletivização, como a preocupação com os direitos sociais, são reflexos da transformação da sociedade, em especial massificação das relações sociais e este é um processo constante e progressivo, que aparentemente não tende a se interromper de forma breve.

Cappelletti (1989, p. 57) assim se manifesta:

cada vez mais frequentemente, por causa dos fenômenos de massificação, as ações e relações humanas assumem caráter coletivo, mais do que individual: elas se referem preferentemente a grupos, categorias e classes de pessoas, do que apenas a um ou poucos indivíduos [...] e na verdade, cada vez mais frequentemente, a complexidade das sociedades modernas gera situações nas quais um único ato do homem podem beneficiar ou prejudicar grande número de pessoas, com a consequência, entre outras, de que o esquema tradicional do processo judiciário como "lide entre duas partes" e "coisa das partes" resulta completamente inadequado [...] em tempos recentes, pessoas envolvidas em ditos conflitos, violações e prejuízos de massa têm procurado descobrir meios eficazes de tutela, não apenas no âmbito do processo político, mas também no do judiciário

Em vista do exposto, a coletivização e o Estado Social constituem realidades latentes e exigem do julgador, sobretudo no campo das provas, nova postura, a fim de que os primados que deram origem a tais movimentos restem assegurados.

3.6 Mudança de Paradigma do Papel do Julgador como Consequência da Evolução Social

Em virtude do que foi exposto nos itens anteriores, conclui-se que o Judiciário e, por via de consequência, o magistrado, sofreram muitas influências dos fatores mencionados, o que tem reflexo direto no modo de entregar a prestação jurisdicional, desde o seu início, até a prolação da decisão, passando-se pela produção das provas.

Toda mudança decorre de crises, conflitos e lutas e, no caso no Poder Judiciário, não é diferente, pois no Brasil, referindo-se a um passado mais recente, as grandes mudanças sentidas nos diversos setores do aparato estatal, incluindo o Estado-Juiz, foram decorrentes da redemocratização do Estado Brasileiro. A Constituição Federal de 1988 trouxe muitas mudanças, em todos os setores da sociedade, estruturação e funcionamento dos Poderes, entre outras, de modo que o juiz, órgão por excelência do Poder Judiciário, não poderia ficar de fora.

Casa com o que aqui se diz as afirmações de Mergulhão (2010, p. 28), no seguinte teor:

cômoda é a situação que ainda muitos sustentam no sentido de que o magistrado deve se conformar com a sua função distante de tudo. Longe se vai o tempo em que isso é o que se esperava do magistrado. O Direito Processual, moderno não comporta mais este modelo de magistrado. Novos tempos, novas concepções, novos rumos, novas necessidades esperam um juiz ativo, participante da relação processual, que questione as provas que lhe são apresentadas, que determine a produção de outras provas que julgue relevantes para o deslinde do processo e que, acima de tudo, através dessas ações, promova o equilíbrio entre as partes.

Como se nota, com a mudança da sociedade e do Direito, o juiz, obrigatoriamente acompanhando o movimento na mesma direção, também caminhou para patamar mais elevado no que diz respeito à prestação jurisdicional.

3.6.1 Poderes Instrutórios no Estado Moderno

Está clara a posição aqui assumida no sentido de que houve aumento significativo dos poderes instrutórios do julgador, a ponto de ser possível afirmar que os limites deles estão apenas não Constituição Federal, não na legislação infraconstitucional.

O Direito Processual Civil passou por grandes transformações no último século, surgindo o que se denominou de ondas de renovação e acesso à justiça. Com isso, o papel do julgador também mudou muito.

Não se pode mais contentar com o julgador inerte, expectador do embate processual travado entre as partes. Hoje a sociedade e a comunidade jurídica exigem outra postura do julgador. Espera-se que interceda e participe ativamente da formação do contraditório e da produção das provas. O Estado moderno, fundado em liberdades públicas e na democracia, como é o Estado Brasileiro, exige essa nova posição por parte do julgador. Foi-se o tempo em que ele era um mero reproduzidor de textos frios da Lei.

É o que entende Nalini (2000, p. 125) ao afirmar que sequer é necessária reforma legislativa para que o julgador adote nova postura frente à condução do processo e solução do litígio:

independentemente de reforma processual, o código vigente oferece ao julgador uma série de providências para a persecução do ideal de finalizar o processo, resposta ao pleito de quem provocou a jurisdição e, sempre que possível, concretizadora da mais adequada justiça humana

O processo assumiu, de vez, a sua função de instrumento público destinado à solução de conflitos, de modo que não mais se satisfaz com posições individualistas e que visam apenas aos interesses das partes envolvidas nos litígios. Obviamente que a coisa julgada a se formar atinge apenas os envolvidos, porém existe um interesse superior decorrente da demanda, que é justamente o interesse público, pertencente ao Estado, como representante dos interesses gerais. Este interesse superior é justamente o de que o conflito de interesses seja solucionado com o máximo de eficácia e o Estado-Juiz, cada dia mais, dá sinais de que tem conhecimento de que o resultado em questão somente é obtido quando se aplica o mínimo de recursos e se obtém o melhor possível em termos de respostas. Traduzindo isso para provimentos jurisdicionais, acredita-se que os resultados em questão significam decisões

justas e efetivas. Além disso, consegue-se a tão sonhada paz social e evita-se a repetição de litígios ou a insatisfação do jurisdicional, causadora de tensão social.

É justamente o que diz Bedaque (2011, p. 76):

justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a *verdadeira* paz social. Aquele que não vê reconhecido o seu direito, em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado.

A citação acima traduz bem a ideia deste estudo. Na verdade, o que se busca, com a atuação mais ativa do julgador, é o exaurimento das provas, pois a fiel reconstituição dos fatos é pressuposto lógico para decisões mais justas e efetivas.

Em vista do interesse público que está por trás do processo, não se justifica mais dizer que o princípio da demanda veda ao magistrado atuação ativa no que diz respeito à produção das provas. Tem ele obrigação, por dever funcional, de perquirir sobre a verdade dos fatos, tendo como limite apenas situações em que fique comprovada a desídia das partes, pois embora exista o interesse público pela descoberta e reconstrução da verdade, não é dado do juiz substituir-se às partes.

Sobre o assunto, também se manifesta Mergulhão (2010, p. 124):

permanece íntegro o princípio da demanda, mas após o início do processo, os poderes do juiz são desvinculados da iniciativa das partes, buscando decidir de forma justa, este é o interesse maior do Estado, o interesse público que reside na definição da controvérsia de acordo com o justo, visando a verdade substancial, isto é, a mais vizinha possível daquela efetiva ou extraprocessual.

Ambos autores são adeptos da posição segundo a qual a verdade processual deve ser perseguida em razão da relação jurídico-processual possuir natureza pública, fundada no interesse do Estado em solucionar o litígio com o máximo de efetividade, e isso significa que a segurança deve reinar, evitando-se a repetição de demandas. A partir do momento em que o Estado persegue esse ideal, muito mais chances existem de que a decisão a ser proferida tenha mais estabilidade e menos riscos de ser reformada.

As partes têm total liberdade para abrir mão dos seus direitos, porém a partir do momento em que procuram o Estado, representado pelo Poder Judiciário, entregando a este o conflito de interesses não solvido de forma amigável, elas perdem, ainda que em parte, a livre disponibilidade sobre como a solução será conduzida, pois existe um interesse maior, público,

na solução daquele conflito, com justiça e para que se evite a reabertura da discussão. Nunca é demais lembrar que dispor do direito material não é o mesmo que dispor da relação jurídico-processual. São duas coisas totalmente distintas, como deixou-se transparecer no decorrer do presente estudo.

Cumpra ainda observar que a distribuição de justiça é monopolizada, o que justifica, com mais razão, a necessidade de que a relação jurídico-processual seja encarada com base nessa visão pública. O Estado tem a obrigação, o dever de perseguir a verdade do processo e assim agindo, ainda que o juiz esteja diante de direitos disponíveis, não estará beneficiando esta ou aquela parte, mas apenas cumprindo os mandamentos constitucionais relacionados com o Direito Processual. Com essa conduta, ganham as partes, mas também a população, de modo geral, pois há o evidente aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Retomando o assunto dos poderes instrutórios, foi dito em outra passagem que desde o século XVIII algumas mudanças começaram a surgir em relação ao aumento dos poderes da magistratura e fortalecimento do Judiciário, como poder e sujeito ativo da concretização do Estado Democrático de Direito. Segundo Bedaque (2011, p. 109):

a tendência de reforçar os poderes do juiz, fundada no interesse público existente em todo processo, consistente na solução adequada da crise verificada no plano substancial e trazida para exame do Poder Judiciário, tem seu marco inicial na reforma do processo civil austríaco de 1896, liderada por Franz Klein.

De lá para cá muito se conquistou e atualmente vive-se um momento ímpar, sobretudo no Brasil, pois o Judiciário passou e vem passando por grandes transformações.

Após a criação do Conselho Nacional de Justiça⁴⁴, muito se tem feito pela melhoria da prestação jurisdicional, ainda que com alguns contratemplos e intempéries institucionais. Acredita-se que o Conselho Nacional de Justiça, ao contrário do que pensam alguns céticos, tem servido de instrumento para uma verdadeira transformação do Judiciário brasileiro, pois, nos dizeres de Dalari (1996, p. 77), "como acontece em muitos países, inclusive em alguns exportadores de teorias e modelos jurídicos, o Brasil tem muitos bons juízes e não tem um bom Poder Judiciário".

Muita informação está contida na pequena passagem dos ensinamentos de Dalari. De fato, há bons juízes, mas estes, sozinhos, não têm capacidade para entregar uma boa prestação jurisdicional. O órgão judiciário é muito mais que um simples julgador. Para que a resposta estatal seja dada com qualidade e em tempo razoável é imprescindível que a estrutura do

⁴⁴ "Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: [...] I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)".

Poder seja adequada à demanda, o que, aparentemente, está longe de acontecer em nosso país. As serventias extremamente assoberbadas de processos, com atribuições muito além da capacidade estrutural e humana, o que acarreta o represamento das demandas e se reflete no atraso da prestação jurisdicional, certamente é um dos maiores problemas atuais do Judiciário brasileiro.

O Estado-Juiz deve ser vislumbrado como um todo, que depende de servidores e de aperfeiçoamento de técnicas e procedimentos para a melhoria dos trabalhos. Não basta a contratação de juízes ou servidores, bem como não é suficiente que se altere a legislação. As melhorias somente virão a partir do momento em que for enxergada a necessária simbiose entre o julgador e os demais atores processuais. Ademais, a estrutura deve ser vista tanto pelo prisma do lado humano, quanto procedimental.

Em razão disso, o Conselho Nacional de Justiça tem desempenhado um excelente trabalho na melhoria da estrutura do Poder, pois além da atividade correccional, o seu primordial papel é o administrativo. É servir de órgão gestor não de recursos, mas da técnica, do aperfeiçoamento, dos métodos de levantamento das deficiências e ferramentas para a melhoria da prestação jurisdicional. Um dos grandes problemas do Judiciário, e do serviço público em geral, é a falta de padronização dos procedimentos.

Assim, o momento é bem propício para o fortalecimento do Poder Judiciário, perante a sociedade, bem como serve de reforço para se assegurar legitimidade na atuação dos julgadores. Esse quadro é ideal para a tese de que os poderes instrutórios do magistrado merecem reforço, como forma de chancelar essas conquistas que estão sendo feitas no campo administrativo em âmbito nacional.

3.6.2 Fortalecimento dos Poderes do Julgador no Estado Moderno

O próprio sistema, como se viu, oferece elementos capazes de autorizar a conclusão pela tese da potencialização dos poderes do julgador. O Código Civil (Lei n. 10.406/2002), traz muitas cláusulas abertas, situação que revela o movimento do legislador brasileiro no sentido do aumento e fortalecimento dos poderes do julgador. Do mesmo modo, na Lei Processual Civil há alguns elementos que reforçam a pensamento aqui exposto⁴⁵.

Para se demonstrar a relevância do tema, menciona-se Mergulhão (2010, p. 126):

é fato que entristece os cultores da justiça a indiferença que os operadores brasileiros do Direito, de forma geral, dispensam a esse tema, mesmo após

⁴⁵ "Art. 130. 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".

trabalhos de expressão, como o de Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque e José Carlos Barbosa Moreira, entre outros. Atualmente vislumbra-se, de forma ainda muito acanhada, a mudança de comportamento dos julgadores frente a uma cobrança por parte da sociedade quanto à justiça.

Outro importante fator que justifica a ideia de aumento dos poderes do julgador é a crescente preocupação com a natureza pública do processo, certamente decorrente, entre outros fatores, da coletivização das demandas e da relevância que ganharam os direitos sociais nas modernas legislações, como é o caso da brasileira.

Discorrendo sobre o caráter criativo da atividade dos magistrados, Cappelletti (1993, p. 42) diz que é acentuada tal criatividade julgadora no caso dos direitos sociais. Reitera que toda interpretação é criativa e que sempre é inevitável certa discricionariedade na atividade jurisdicional, porém há certas áreas nas quais o espaço interpretativo e criativo é maior, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do Direito, mais amplo também será o campo para a discricionariedade das decisões judiciais, como é o caso dos direitos sociais.

E a criatividade do julgador, quando se trata de processo coletivo, não se limita apenas à decisão, mas afeta, com vigor, a atividade probatória, pois em vista do caráter público dos direitos envolvidos maior é o campo de abrangência da atividade do magistrado. Interessa ao Estado-Juiz, em primeiro lugar, que a solução destas demandas ocorra da forma mais eficiente e justa possível, e para tanto conta-se com o empenho e criatividade do julgador.

O entendimento mencionado decorre do fato de ser pública a relação jurídico-processual. Os direitos envolvidos no feito podem ser privados, porém a partir do momento que são apresentados pelas partes ao Judiciário assumem outro *status* e passam a ser vistos como partes integrantes de um procedimento público, em relação ao qual o Estado tem total interesse em sua solução, da melhor forma possível.

Sobre a natureza pública da relação jurídico-processual e a iniciativa probatória do julgador, afirma Bedaque (2011, p. 101):

mesmo aqueles que admitem haver nexos entre a disponibilidade do Direito e o monopólio da demanda pela parte defendem a iniciativa oficial quanto à prova. Isso porque, ainda que privada a relação material, o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível. Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não é. A relação processual rege-se sempre por princípios atinentes ao Direito Público, tendo em vista a sua finalidade, o seu objetivo. A natureza da relação a ser decidida pelo juiz não influiria, portanto, nos poderes instrutórios a ele conferidos.

Para que essa mudança de paradigmas seja possível é necessário que não somente os operadores do Direito, mas também toda a sociedade reconheçam os benefícios de um julgador mais ativo e ao mesmo tempo responsável por seus atos. É imprescindível que o ator principal disso tudo, o juiz, tome consciência de seu novo papel e seja o agente da revolução dentro da serventia que dirige e, após, dentro do Poder do qual é integrante.

Para se ter ideia da relevância e das consequências desta nova postura do julgador, há quase duas décadas escreveu Dalari (1996, p. 78):

um dado muito positivo é que de dentro do próprio quadro de juízes vem tomando corpo uma reação cada vez mais vigorosa, procurando fazer com que se justifiquem na prática o prestígio teórico e a condição de Poder Constitucional, de que goza o Judiciário. Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor da Justiça.

Com o aumento dos poderes do julgador, o que se busca é a melhoria da prestação jurisdicional, pois se cria o ambiente perfeito para que o magistrado possa apreciar as provas de forma livre, consciente e segura, responsável que é pela conclusão a ser lançada, pois é obrigado a fundamentar todas as posições adotadas.

3.6.3 Estrutura e Formalismo: Obstáculos a Serem Superados

Dois pontos que merecem atenção, quando o assunto é a atuação do julgador, sobretudo no campo das provas, são a estrutura do Poder Judiciário e o formalismo da Lei Processual. Os dois se interagem e justificam a posição adotada, ou seja, a de que o julgador deve ser mais ativo no campo das provas, ainda que se esteja diante de interesses e direitos disponíveis.

O primeiro é colocado como uma das mais importantes justificativas para a adoção de uma nova postura do julgador, ativa, na procura por provas e pela verdade do processo, isso em razão de que o Poder Judiciário brasileiro, ou de qualquer lugar do mundo, não tem condições de sustentar, com qualidade, o quantitativo de processos que atualmente tramitam pelos fóruns do país. A estrutura precisa ser racionalizada, ou seja, melhor aproveitada, com a harmonização de procedimentos e filtros das situações fáticas que chegam ao julgador. Além disso, a estrutura exige que, uma vez a demanda apresentada ao julgador, deve ela ser decidida da melhor forma possível, ou seja, com o máximo em termos de efetividade e justiça no caso concreto.

O magistrado deve perquirir por provas, ainda que esteja diante de direitos disponíveis, para que o Estado-Juiz esgote as possibilidades de decidir aquela causa com segurança, justiça, a fim de que a resposta judicial não seja recebida com insatisfação, não somente pelas partes, mas também pela comunidade jurídica e sociedade. Deve-se abandonar a visão de que o julgador, agindo de forma mais ativa, esteja sendo autoritário. Não é disso que se fala aqui, mas sim do Estado-Juiz assumir o seu verdadeiro papel, qual seja, o de solucionar os litígios com efetividade e justiça. Foi o tempo em que as posições individualistas predominavam no campo do Direito Processual. Hoje, o que se busca, em primeiro lugar, é o coletivo, é a satisfação do meio social, visto como um todo.

Nalini (2000, p. 77) afirma que "somente assim o instrumento utilizado pela autoridade jurisdicional, em colaboração com as partes – o processo –, torna-se realmente apto a atingir sua finalidade: a atuação do ordenamento jurídico e, em consequência, a perfeita harmonia social".

O segundo obstáculo a ser superado é o formalismo e apego exagerado às normas sobre procedimento, o qual ainda tem se mostrado como entrave à entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil e de forma justa, sobretudo em nosso país.

Entende Bedaque (2010, p. 95-96):

nas sociedades primitivas o processo era sinônimo de *forma*. Predominava o simbolismo. O valor *justiça* era colocado em segundo plano, pois o interesse maior residia na eliminação do conflito de interesses, não importando se o resultado correspondia à vontade do legislador material. Tanto no Direito Romano antigo, período das *legis actiones*, como no Direito Germânico mais remoto a forma reinava absoluta. O modelo legal tinha de ser fielmente reproduzido com todas as palavras nele previstas, sob pena de o julgamento favorecer a outra parte, independentemente de qual delas era titular do direito substancial.

Em vista do que foi exposto acima, viu-se que o Poder Judiciário e a atividade primordial do julgador sofrem influências oriundas dos fatores sociais, tais como economia, cultura, tecnologia, entre outros. A realidade vivenciada hoje no Poder Judiciário está distante de outrora e todos os agentes públicos, inclusive o magistrado, têm obrigação de refletir sobre a forma como desempenham seus atos, pois o usuário dos serviços judiciais espera e necessita de respostas e soluções. Bastam algumas visitas em serventias espalhadas por qualquer Estado brasileiro para se comprovar a disparidade na forma de se praticar atos processuais, além de condutas que contrariam a necessária obediência aos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas.

Gomes (1995, p. 96), ao se deparar com tal constatação, assim se manifesta:

o formalismo (que não se confunde com a observância das formas contempladas pelo ângulo de suas finalidades) consiste em desvio que o juiz deve evitar na prática dos atos processuais. É ele um dos responsáveis pelo emperramento da marcha processual. Enquanto os formalistas se entretêm com as formalidades desnecessárias, as pessoas estão clamando por uma justiça mais simples, efetiva, real, fruto de decisões equilibradas, em procedimentos menos formalistas, mas suficientemente válidas juridicamente.

É preciso de as pessoas responsáveis pelo processo, sejam serventuários, juiz, promotores, advogados, atentem-se para o que disse o autor citado acima. É preciso reflexão sobre a forma e formalidades, pois como bem salientou Bedaque (2011, p. 101) "o que não se pode é transformar o juiz e os sujeitos parciais do processo em escravos da forma".

Em momento algum o art. 130 do Código de Processo Civil diz que os poderes instrutórios do julgador estariam limitados apenas aos processos que envolvam direitos indisponíveis, de modo que não é crível aceitar a tese de que as partes podem dispor dos seus direitos e, por isso, o julgador deveria permanecer inerte em vista de eventual falta ou omissão de uma das partes, no que diz respeito ao Direito Probatório, isso pelo motivo de que os direitos podem ser disponíveis, porém a relação jurídico-processual não.

3.7 Algumas Questões Controvertidas

3.7.1 Revelia e Poderes Instrutórios

Uma questão ligada diretamente ao formalismo citado no item anterior está atrelada ao resultado da demanda em casos nos quais há revelia. Interessa apreciar o tema em confronto com os poderes instrutórios, bem como as espécies de decisões que são proferidas quando se está diante da revelia.

Segundo o Código de Processo Civil, em caso de revelia, no qual se aplicam os seus efeitos, tem-se decisão de mérito, evitando-se, em tese, que a questão retorne ao Judiciário, após a fluência do prazo de recurso⁴⁶.

Ocorre que muitas vezes a decisão a ser proferida no caso de revelia não se atenta para o mínimo de prova ou indícios existentes no processo, não passando de um mero meio de colocar fim ao litígio. Esta é uma infeliz constatação que se presencia no dia-a-dia forense, em

⁴⁶ "Art. 269. Haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido [...] Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato".

diversas serventias espalhadas pelo país. O número de servidores e de juízes é insuficiente para dar vazão à grande demanda de processos que aportam todos os dias perante o Poder Judiciário, o que dificulta a apreciação detalhada em processos nos quais se opera a revelia e incidem os seus efeitos. Ocorre que no presente texto trata-se de um modelo ideal, no qual não se dá mais importância para as deficiências do Poder, mas sim para as medidas que deveriam ser tomadas para se atingir o fim almejado, qual seja, a obtenção de provimentos jurisdicionais justos e efetivos.

Ao se referir à superação do ônus estático, mencionou-se algo a respeito do assunto tratado no parágrafo anterior e agora reforça-se que no atual estágio do Direito não são mais aceitáveis decisões formalistas e que fujam do dever e finalidade do processo. Não se admite mais decisões chancelando a revelia como meio de simplesmente dar vazão à demanda processual. Tal chancela somente poderia vir no caso do julgador não dispor de qualquer indício que sirva de caminho para ele se movimentar em atividade instrutória oficial. Apenas em último caso, quando não houver meios para se perquirir sobre a verdade processual poderia ele proferir decisão pela aplicação da regra do ônus probatório, que trata dos efeitos da revelia e, ainda assim, desde que não fosse caso de incidência da teoria da carga dinâmica das provas.

Percebe-se que o efeito da revelia consistente na presunção de veracidade do que o autor alega é relativo. O juiz não está obrigado a, de modo mecânico, acolher a pretensão do autor no caso de ausência de contestação. Pode ele perfeitamente analisar as provas que foram trazidas pela parte ativa e, em caso de dúvida, nada impede que determine alguma diligência, a fim de que possa proferir sua decisão com segurança.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve oportunidade de analisar diversos casos sobre a relatividade dos efeitos da revelia e em um deles assim se pronunciou:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSIGNAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. REVELIA DECRETADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DO ALEGADO PELA AUTORA. RECURSO IMPROVIDO. A revelia gera presunção relativa, somente estando o juiz autorizado a reconhecê-la quando as provas dos autos respaldem as afirmativas do autor. Na hipótese vertente, não há qualquer irregularidade com relação às matérias que podem ser conhecidas de ofício. As partes são legítimas e bem representadas, e a petição inicial contém os elementos essenciais a que se identifique a *causa petendi*, a narração dos fatos e um pedido lógico e juridicamente possível.⁴⁷

⁴⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 990102052249**. Relator: Adilson de Araújo. São Paulo, 05 de outubro de 2010.

Assim, é em razão da superação das posições individualistas de outrora, bem como pelo motivo de que muitas vezes a inércia de uma das partes não é derivada única e exclusivamente de desídia, mas de outros fatores. Neste sentido são as palavras de Bedaque (2011, p. 105-106), segundo o qual "muitas vezes, a inércia dos sujeitos parciais no processo na fase instrutória deve-se a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito". O juiz de hoje deve estar atento a esses detalhes, pois deles dependem, em grande parte, decisões justas e efetivas. É esperado e exigido do magistrado contemporâneo sensibilidade e altivez para identificar situações em que é necessária a sua intervenção na atividade que a princípio incumbe às partes.

Logo, mesmo quando o julgador estiver diante de situação que, em tese, caracterizar-se-ia a revelia, acarretamento a incidência de seus efeitos, deve averiguar o caso concreto, se há indícios de que são verdadeiros os fatos relatados na inicial, se a parte autora se incumbiu de juntar alguma prova ou indício das suas alegações, se a parte ré de fato foi desidiosa ou a prova exigida é de difícil ou improvável produção, entre tantos outros detalhes que a vastidão de casos concretos pode apresentar ao julgador.

3.7.2 Desistência da Ação e o Papel do Julgador

Em razão do que dispõe o Código de Processo Civil, quando se está diante de situação na qual a parte autora desiste da demanda, em tese haveria decisão sem julgamento do mérito⁴⁸. Nesse ponto, o magistrado não pode interceder e obrigar a parte autora a litigar, pois se assim agisse haveria indevida ingerência por parte do órgão estatal, com ofensa até mesmo ao direito de ação, constitucionalmente reconhecido.

Certo é que a desistência depende de homologação judicial,⁴⁹ porém não se vislumbra, salvo situações nas quais fique comprovada irregularidades processuais, casos em que o julgador poderia se recusar a homologar pedidos de desistência da ação. É direito da parte abrir mão de discutir os fatos, podendo ajuizar outra ação futuramente, se assim entender por bem.

Sobre a desistência da ação, Theodoro Júnior (2004, p. 289-290) assim se manifesta:

pela desistência, o autor abre mão do processo, não do direito material que eventualmente possa ter perante o réu. Daí por que a desistência da ação provoca a extinção do processo sem julgamento do mérito e não impede que, futuramente, o autor venha outra vez a propor a mesma ação, uma vez que inexistente, *in casu*, a eficácia da coisa julgada. [...] A desistência, que como ato

⁴⁸ "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VIII - quando o autor desistir da ação".

⁴⁹ Art. 158, parágrafo único do Código de Processo Civil.

unilateral, quer como bilateral, só produz efeito depois de homologada por sentença (art. 158, parágrafo único). É que a relação processual não envolve apenas as partes, mas também o juiz, que, por isso, não pode ficar estranho ao ato extintivo. Ao tomar conhecimento da pretensão, o juiz pratica, embora numa só sentença, dois atos jurisdicionais distintos: a homologação da desistência, para que ela surta os efeitos de Direito, e a declaração da conseqüente [sic] extinção do processo, em razão do ato homologado.

Menciona-se a situação como forma de deixar claro que a intervenção no caso da revelia não se confunde com obrigar as partes a litigarem. O autor, ao desistir da demanda, quando a parte contrária não tenha sido citada ou quando esta concorde com a desistência, abre mão do próprio direito de ação, de modo que ao Estado não cabe avaliar se é legítima ou não essa decisão.

Diferentemente ocorre no caso de revelia, conforme dito logo acima, sendo plenamente justificável a intervenção estatal na busca de provimento jurisdicional justo e efetivo.

Ainda que eventual repetição da demanda, em caso de desistência, possa vir a ocorrer, tal garantia está prevista na Constituição Federal, sendo esta uma opção do legislador, seguindo a lógica do sistema. Foi uma opção político-legislativa, certamente em vista dos interesses envolvidos e comportamentos dos sujeitos processuais.

3.7.3 Busca pela Verdade e Princípio Dispositivo

Sempre que se fala sobre poderes instrutórios do julgador os princípios que vêm à mente são o dispositivo e inquisitivo. De um lado, diz-se que o primeiro limita os poderes instrutórios do julgador, uma vez que a iniciativa em termos de ação e provas caberia, de forma exclusiva, às partes. De outra banda, o segundo quer fazer crer que cabe ao julgador perquirir sobre as provas acerca dos fatos sobre os quais a demanda está assentada.

Ocorre que tradicionalmente a doutrina relaciona o conteúdo do princípio dispositivo com a atividade do magistrado no campo das provas (BEDAQUE, 2011, p. 93-94). Pacífico (2001, p. 152), ao tratar do tema, diz que a doutrina clássica tem por hábito vincular os poderes instrutórios do juiz à natureza da relação de Direito Material trazida ao processo, afirmando-se que se for de direito disponível a iniciativa e a condução do feito são praticamente exclusivas das partes, enquanto se for de direito indisponível a amplitude de poderes do julgador é potencializada.

No mesmo sentido são os dizeres de Didier Júnior (2007, p. 52), o qual assim se manifesta:

quando o legislador atribuiu às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizentes com o *princípio inquisitivo* o processo será. A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de "inquisitorialidade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a "dispositividade".

Ocorre que a ideia de dicotomia entre os princípios mencionados é derivada de mentalidade atrasada e relativa à fase em que o Direito Processual Civil não possuía o reconhecimento e autonomia científica dos dias atuais. Hoje em dia não se pode mais manter posições herméticas como a mencionada. É preciso que seja feita a conjugação entre os diversos institutos jurídicos envolvidos nos questionamentos, a fim de que deles seja extraído o resultado mais útil para o sistema. Com o princípio dispositivo não é diferente. Deve ele ser encarado com base na visão publicista de processo, sem deixar de notar que o papel do julgador mudou e não é mais aquele de mero expectador do embate travado entre as partes.

Neste sentido, Pacífico (2001, p. 153) ensina que desde a emancipação do Direito Processual, passando a ser, reconhecidamente, ciência autônoma, bem como após estudos que tiveram por objeto o princípio dispositivo, a diferença entre o poder de disposição das partes sobre o direito material e sua indisponibilidade sobre o mecanismo processual, sobretudo no que toca à produção de provas, permitiu que parte da doutrina chegasse a uma interessante conclusão, a de que os poderes instrutórios do juiz não seriam influenciados em razão da natureza da relação substancial sobre a qual se fundamente o processo.

O reforço que tem ganhado os poderes instrutórios do julgador vem sendo reconhecido cada dia mais por nossos Tribunais Superiores, isso em razão da consciência de que é necessária a reestruturação do Poder Judiciário. Trilhando esse caminho, o Superior Tribunal de Justiça proferiu importante decisão, recente, conferindo ao magistrado poderes de direção e instrução inclusive no processo de execução, no qual é reconhecidamente menor a intervenção do juiz, pois já se parte da definição e acertamento do direito material. O resumo da decisão citada é o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE LEILOEIRO PELO EXEQUENTE. ART. 706 DO CPC. INDEFERIMENTO POR JUSTO MOTIVO. AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO PELO JUIZ. ARTS. 125 E 598 DO CPC. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE DE SINDICÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. 1. Infere-se do art. 706 do CPC (o leiloeiro público será indicado pelo exequente [sic]) ser juridicamente possível a indicação de leiloeiro público pelo exequente [sic], o que significa dizer que o credor tem

o direito de indicar, mas não de ver nomeado o leiloeiro indicado, porquanto inexistente obrigação de homologação pelo juiz. 2. "Dentre os poderes que o Código de Processo artigos 125, I; 130, ambos c/c art. 598 confere ao juiz na direção do processo de execução, subsume-se o de determinar atos instrutórios necessários para que a execução se processe de forma calibrada, justa, de modo a não impor desnecessários sacrifícios ao devedor" (REsp n. 71.960/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 25/3/2003, DJ 14/4/2003, p. 206). Recurso especial improvido.⁵⁰

A realidade de outrora está se alterando, influenciada pelo reconhecimento da autonomia do Direito Processual Civil, bem como pela evolução do pensamento publicista do processo e sobre tal mudança de paradigmas, bem como sobre o aparente embate entre os princípios dispositivo e inquisitivo. Theodoro Júnior (2004, p. 24) diz que "modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva".

Não por outro motivo, Bedaque (2011, p. 94-95) destaca que a interpretação do princípio e dos seus efeitos, no que se refere à atividade probatória do julgador, por vezes é equivocada, de modo que é necessário, em primeiro lugar, delimitar o real significado do princípio e o seu campo de abrangência.

Assim, na tentativa de definir o conteúdo e o alcance do princípio dispositivo, acompanhando a moderna doutrina, prefere-se o conceito fornecido por Bedaque (2011, p. 98), adeptos que somos da visão publicista do processo:

diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação "princípio dispositivo" seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz 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. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.

Não se deve confundir causa de pedir e pedido com meios de prova e princípio dispositivo, o que invariavelmente tem ocorrido. Nesse sentido é que Bedaque (2011, p. 102) prossegue com seus ensinamentos afirmando que os sujeitos processuais têm a capacidade de estabelecer limitações quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, porém não têm o poder

⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1354974/MG**. Relator: Humberto Martins. Brasília, 05 de março de 2013.

de definir quais meios de prova serão utilizados para tanto, ou seja, não podem delimitar os meios de prova que o julgador irá entender necessários para a formação do convencimento dele. E quanto a essa atuação do julgador, salienta Bedaque (2011, p. 102) que não se trata de simples conduta supletiva, pois ele deve atuar de forma dinâmica, visando a reproduzir nos autos um retrato fiel da realidade jurídico-material. A atividade instrutória do juiz, como se nota, está diretamente vinculada aos limites da demanda, que, ao menos em princípio, não podem ser ampliados de ofício⁵¹. Nessa medida, à luz dos fatos deduzidos pelas partes, deve o julgador desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo, limitado apenas aos fatos, porém não impedido de lançar mão de todos os meios de prova necessários para a solução da demanda.

Assim sendo, a interpretação que se deve dar ao princípio dispositivo é no sentido de que ele limita a atividade do julgador apenas em relação à possibilidades das partes abrirem mão do direito material em si, jamais alcançando o instrumento processual, sob pena de perda da sua utilidade e isso, caso venha ocorrer, é extremamente prejudicial para a efetividade e a justiça dos provimentos jurisdicionais, pois se correria o risco de deixar ao alvedrio das partes o controle da instrução do processo, quando na verdade o magistrado é o destinatário das provas e ninguém melhor do que ele para definir quais devem ser produzidas, a fim de que se consiga atingir o grau de certeza necessário para que a decisão seja proferida com segurança.

3.7.4 Proporcionalidade e Dever de Cooperação

Ao se referir aos poderes instrutórios do julgador é preciso trazer à discussão duas questões de suma importância. São elas a proporcionalidade e o dever de cooperação dos sujeitos processuais.

A primeira é, na verdade, um princípio, o qual juntamente com outro, o da razoabilidade, fornece aos operadores do Direito alguns elementos interpretativos úteis à ponderação dos valores envolvidos no litígio, a fim de que seja possível extrair decisões com maior grau de justiça e concretude. Embora comumente o tema seja tratado quando se fala em provas ilícitas, transporta-se seu uso para a conduta do julgador, quando da intervenção no campo das provas.

⁵¹ "Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. [...] Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional".

A confirmar esse papel de farol ao intérprete, Lima (2002, p. 192), ao tratar dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, diz que ambos tornam-se aplicáveis para orientar o legislador e o aplicador da norma, no sentido de verificar casos em que existam conflitos de valores, sopesando um em face do outro, a fim de solucionar qual deve prevalecer, por exemplo, a intimidade ou uma interceptação telefônica. O aparente dilema deve ser solucionado com base na necessária prevalência do interesse do Estado.

Cambi (2006, p. 70-71), também quando trata da proporcionalidade e do limite de utilização das provas ilícitas, ensina:

é evidente que o caso concreto apresenta para o órgão julgador um conflito de interesses, em que pode ser colocado o problema de ter de harmonizar dois ou mais direitos constitucionais contrapostos, ficando ao juiz a questão de resolver qual das esferas desses direitos deve ser limitada para que aquele considerado mais relevante seja tutelado. [...] Nessa atividade, é imprescindível que o juiz se valha do *princípio da proporcionalidade*, pelo qual se faz o balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em conflito, a fim de poder decidir qual dos direitos deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado. Desse modo, o princípio da proporcionalidade é uma fórmula que permite a interpretação sistemática da Constituição, operacionalizando o equilíbrio dos vários valores e interesses, abstratamente contidos no texto constitucional, que podem se contrapor diante das circunstâncias particulares de cada causa. Com efeito, procura-se encontrar um mecanismo capaz de harmonizar os vários valores constitucionais, com o intuito de saber qual o valor se mostra mais relevante e cuja tutela há de representar uma solução mais justa ao caso concreto.

Transfere-se os dizeres mencionados logo acima para o campo do Direito Probatório e dos poderes instrutórios do magistrado. Do mesmo modo que na questão atinente à utilização das provas ilícitas há interesses conflitantes envolvidos, quando se fala em poderes instrutórios e liberdade de atuação, *ex officio*, do julgador, também há conflitos de interesses. Há os interesses das partes, bem como o interesse do Estado-Juiz, na solução da contenda e desse aparente conflito, que podem se gerar muitas discussões.

A título de exemplo, a parte autora pode entender que eventual desídia da parte ré obrigaria o julgador a aplicar, *incontinenti*, a regra que determina a presunção da veracidade das alegações iniciais, quando não contestadas. Ocorre que se encontra superada a interpretação do ônus da prova como regra estática, de modo que se deve levar em consideração, no exemplo dado, que se de um lado tem-se o interesse do autor em ver aplicada a regra da presunção, de outro está o interesse do Estado-Juiz em decidir o caso com o máximo de segurança e justiça. Assim, uma vez posta a demanda perante o julgador, as partes abrem mão, em parte, da forma como a questão será interpretada e decidida, pois o processo e o seu rito, tido como instrumento destinado à solução de conflitos de interesses,

interessa muito mais ao Estado do que às partes em litígio. No exemplo, há típica ponderação de interesses, na qual deve prevalecer o interesse do Estado em solucionar o conflito de interesse com segurança, justiça e definitividade, evitando-se a rediscussão da matéria, seja na mesma instância ou nas superiores.

Assim, boa parte das discussões sobre a forma de atuação do julgador, no que diz respeito à produção de provas, pode ser resolvida com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao segundo ponto mencionado, o dever de cooperação, ele justifica a intervenção do julgador quanto à produção de provas, pois o dever de cooperação revela que todos os sujeitos processuais devem se ajudar, mutuamente, com o objeto único de provocar a melhor decisão possível.

É certo que cada uma das partes defende, em primeiro plano, interesses individuais, mas em segundo deve haver essa cooperação, sobretudo no aspecto relativo às provas, e para tanto é de suma relevância a intervenção do Estado, pois o magistrado, como sujeito processual imparcial, pode e deve servir de fiel da balança, quanto ao cumprimento desse dever.

Atrrelado ao dever de cooperação entre os sujeitos processuais, está o *princípio da aquisição processual* ou *da comunhão da prova*, o qual, em síntese, indica que a prova na verdade não pertence às partes, mas sim ao processo, pois em última análise, a prova tem como destinatário natural o julgador.

Sobre o tema, Cambi (2006, p. 319) diz:

as provas, depois de ingressarem ou serem produzidas no processo, tornam-se públicas e passam a integrar um único conjunto, em que o resultado das atividades processuais são comuns a ambas as partes, não se levando em consideração o litigante que trouxe ou produziu o meio de prova. Assim, as provas, ao ingressarem no processo, são subtraídas da disposição das partes, que as introduziram ou produziram-nas, servindo aos litigantes, independentemente de qual seja a natureza (unitário ou simples/necessário ou facultativo), mas também à parte contrária.

Quando se parte da premissa de que as provas, após serem produzidas, pertencem ao processo, fica evidente que existe, antes de tudo, o dever de cooperação entre os sujeitos processuais, tendo o julgador como o fiscal natural do jogo de ônus e sujeições existente entre todos os participantes da relação jurídico-processual.

Echandía (2007, p. 125) também dedicou algumas palavras sobre o que denominou de "sujeitos ativos e passivos da prova. [...] a parte contrária de quem a tenha solicitado ou

contribuído não é sujeito passivo da atividade probatória, porque a prova não se dirige àquela, sim ao juiz, que é seu único destinatário" (tradução nossa)⁵².

Afirmou-se isso também quando se tratou do destinatário da prova, deixando-se consignado naquela oportunidade que as provas têm como destinatário, sempre, o julgador, de modo que não existe sujeito processual com melhor capacidade e condições para filtrar as provas que seriam essenciais para o deslinde do processo.

A proporcionalidade, o dever de cooperação e o princípio da comunhão das provas, todos, justificam a intervenção do julgador quanto ao deferimento e produção de provas, mesmo que de ofício e relativo a direitos disponíveis, sempre com o objetivo de se atingir a melhor prestação jurisdicional possível.

3.7.5 A Imparcialidade e a Busca por Provas

O problema a ser enfrentado no presente momento é como conciliar a potencialização dos poderes instrutórios do julgador com a necessidade de se manter o juiz como sujeito imparcial e equidistante das partes e dos interesses envolvidos no litígio.

O primordial motivo de legitimação e a própria razão de ser do Poder Judiciário é a imparcialidade do órgão julgador, sem a qual a essência dele estaria comprometida. Desde as origens, o que sempre se buscou, ainda que de forma precária e rudimentar, foi a entrega do conflito a pessoa estranha à contenda. Atualmente, quando se fala em Poder Judiciário, o que vem em mente é justamente isso: a ideia de que a causa, o conflito de interesses, será submetido a terceira pessoa, no caso, ao julgador singular ou colegiado. É da essência do sistema constitucional e processual brasileiro a ideia de magistrado como sujeito imparcial e estranho ao conflito de interesses.

A preocupação com a independência e os poderes do juiz não é nova, mesmo em terras brasileiras. Há mais de 25 anos, Lazzarini (1987, p. 213), ao tratar do fortalecimento da magistratura e dos poderes do julgador, escreveu:

mas, o sustentado e necessário fortalecimento da magistratura não há de cingir-se tão-só a aspectos de ordem material. Há de considerar, também, a necessidade de um fortalecimento ético da magistratura para pôr cobro àquilo que Antônio Carlos Alves Braga, com a sua autoridade, atestou ter visto nos muitos Brasis que viu por aí (infra n. 5). A força de um juiz está na sua força moral. Bem por isso, e dissemos alhures, a independência de um juiz independe de lei que estabeleça. Ele tem o dever de ser independente, nos moldes vistos anteriormente.

⁵² No original: "sujetos activos y pasivos de la prueba. [...] la parte contraria de quien la pide o presenta no es sujeto pasivo de la actividad probatoria, porque la prueba no se dirige a aquélla, sino al juez, quien es su único destinatario".

Nota-se que há muito tempo existe preocupação com o fortalecimento da magistratura, bem como já era sentido que um dos freios para se controlar a expansão dos poderes do julgador é o limite ético e moral. É por aí que acredita-se que se deva trilhar quando o assunto é poderes instrutórios e imparcialidade do julgador.

O atual Código de Processo Civil, ao tratar da iniciativa do julgador quanto à produção das provas⁵³, não faz qualquer exigência especial, sobretudo não se refere à espécie do direito material discutido, se disponível ou indisponível, para os fins de determinar o grau de iniciativa do julgador.

A única exigência, tanto da Lei Processual, como da própria Constituição da República, é no tocante à necessidade de fundamentação das decisões. Assim, o julgador não está vinculado a decidir desta ou daquela forma, porém tem obrigação funcional de indicar os motivos que o levaram a escolher a opção retratada no provimento jurisdicional por ele proferido. Sempre, ainda que de forma mínima, haverá discricionariedade por parte do julgador, pois invariavelmente haverá diversas provas e fatos a serem apreciados. O conhecimento, subjetividade e criatividade humanas são ilimitadas, porém há limites e meios para se avaliar se o julgador andou bem no que toca aos deveres funcionais, em especial éticos e morais.

Neste sentido, cumpre observar que nosso sistema é estruturado com mais de um grau de jurisdição, pois a própria Constituição Federal menciona que a todos os litigantes em processos administrativos e judiciais será assegurado o contraditório, a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela inerentes. Assim, na via jurisdicional ou administrativa sempre haverá um órgão para revisar a causa, salvo em situações excepcionais, nas quais a competência originária é do órgão máximo dentro da estrutura hierarquizada.

Além do sistema ser edificado em mais de um grau de jurisdição, atualmente também existe um órgão superior, destinado ao controle de abusos e desvios dentro do Poder Judiciário, a Corregedoria Nacional da Justiça, vinculada ao Conselho Nacional de Justiça, razão pela qual o argumento de riscos à imparcialidade não é válido para impedir avanços no campo da atuação do julgador, sobretudo no que se refere à produção de provas e instrução do processo.

Expõe Mergulhão (2010, p. 122):

desse modo, entendemos que a atuação do juiz, na produção da prova, não afronta o princípio dispositivo, nem a imparcialidade tão defendida por

⁵³ "Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou mesmo protelatórias".

Liebman e por todo o sistema. Nesse momento processual a "imparcialidade do juiz deve dizer respeito ao objeto do processo, e não ao processo. Aqui, sendo ele parte da relação processual, não pode ser imparcial", ou seja, o "juiz, quanto ao modo do exercício de sua função, não pode ser imparcial (no sentido de desinteressado)".

É da essência do órgão julgador que ele tenha liberdade para apreciar as provas e julgar de acordo com a compreensão retirada do conjunto probatório e fático constante dos autos, mas não somente isso. O juiz não deve ser obrigado a aguardar a atividade das partes, para somente ao final, apreciar as provas que aquelas produziram. Em vista de ser ele o destinatário final das provas, nada impede que atue em atividade complementar dos sujeitos parciais do processo.

Filia-se a Mergulhão (2010, p. 129), quando diz que o tratamento que deve ser dado ao tema é no sentido de ser possível ao julgador a produção de qualquer prova, desde que esteja relacionada com a causa de pedir posta em juízo, pois uma vez que o conflito de interesses foi entregue ao Estado-Juiz, cabe a ele aplicar todos os seus recursos, a fim de decidir a causa da forma mais justa possível e ninguém melhor do que ele para saber o que precisa ser esclarecido nos autos. É ele o destinatário da prova e somente ele tem condições de avaliar o que precisa ser provado e sobre qual fato pairam dúvidas.

Em vista dos argumentos expostos, a alegação de potencial ofensa à imparcialidade do julgador não é elemento suficiente para impedir a atuação dele na busca por prova que entender necessárias à instrução do feito, pois há diversas formas de controle da atividade do julgador, seja pelas próprias partes, seja por órgãos superiores, administrativos e correccionais ou mesmo jurisdicionais.

3.8 Julgador Ativo e os Riscos Sistêmicos

Não resta dúvida, ao menos na concepção que está embasada na moderna doutrina, de que julgador ativo é sinônimo de processo efetivo e justo, desde que se tomem os cuidados necessários para que a liberdade não se transborde em abusos e desvios, como adiante passamos a fundamentar.

Por muitos anos o Poder Judiciário foi hermético, fechado em si mesmo, detentor de linguagem rebuscada, o que trouxe muitas incompreensões sobre o real significado e a verdadeira função de tal Poder.

Em vista da situação retratada logo acima, algumas iniciativas e esforços foram e estão sendo desenvolvidos, com o objetivo de aproximar a população do Judiciário, bem

como fazer com que o Poder, sua estrutura, função, sejam compreendidos com maior amplitude.

A título de exemplos, algumas campanhas da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, bem como do próprio CNJ - Conselho Nacional de Justiça.

Já em 1992 foi lançada pela Associação dos Magistrados Brasileiros uma campanha denominada Cartilha da Justiça em Quadrinhos com o objetivo de divulgar a forma de atuação do Poder Judiciário em escolas, para as crianças. Foi idealizada na gestão do desembargador Francisco de Paula Xavier Neto, então presidente da entidade de classe e mantida até os dias atuais.

Outro exemplo, promovido pela mesma entidade, é a campanha pela simplificação da linguagem jurídica, lançada em 2005 a qual tem como finalidade primordial a aproximação da população e do Poder Judiciário por meio da facilitação da linguagem a ser utilizada na prolação de decisões judiciais.

Outros exemplos de aproximação do Poder Judiciário e dos seus usuários são iniciativas encabeçadas pelo Conselho Nacional de Justiça, dentre as quais pode ser destacada a Justiça Aberta bem como as campanhas Pai presente, Conciliando a gente se entende e Começar de novo.

Vive-se tempos nos quais a relação do Poder Judiciário com a população está sofrendo radical mudança, exigindo-se, conforme mencionado outrora, nova postura do julgador, do qual não mais se admite a conduta inerte de antigamente. A sociedade espera que o magistrado não seja ativo apenas dentro do processo, mas também em relação a assuntos delicados, como execução penal, infância e juventude e família. É preciso que o juiz participe ativamente de discussões e decisões administrativas que são tomadas todos os dias sobre os assuntos mencionados, pois tais questões clamam por um julgador que esteja atento a todos os detalhes dos casos, com a sua sensibilidade aguçada, a fim de que possa extrair das situações concretas conclusões com alto grau de segurança, possibilitando-se, assim, proferir decisões com mais critérios e aproximando-se, com isso, do ideal de justiça.

Por certo essa postura mais ativa gera riscos, tais como abusos ou desvios por parte dos magistrados. Com relação a esse ponto, temos conhecimento de que irregularidades existem nas mais diversas esferas do Poder, espalhadas por nosso país de extensão continental, porém, conforme relatado acima, os tempos estão mudando, sobretudo em vista da abertura do Poder e da existência de órgãos correccionais independentes e distantes dos envolvidos.

Sobre a atividade dos julgadores e sua independência, Dalari (1996, p. 44) diz:

Para que o Poder Judiciário garanta os direitos e realize a justiça, é necessário que ele seja materialmente bem aparelhado, mas isso apenas não é suficiente, sendo extremamente relevante que os juízes tenham preparo adequado e sejam conscientes de suas responsabilidades. Mas além disso tudo, e como requisito prévio e essencial, é indispensável que a magistratura seja independente.

Nota-se que vários fatores contribuem para a existência de campo fértil ao bom desenvolvimento da atividade julgadora. Desde o aparato material (local de trabalho, auxiliares, assessores, quantitativo de trabalho, etc), passando pelo aperfeiçoamento técnico (cursos institucionais, estudos paralelos pelo próprio profissional, participação em atividades acadêmicas, etc), conhecimento dos deveres e responsabilidades funcionais, chegando, por fim, à necessária independência na atuação de instruir o feito e julgá-lo.

Em vista do que foi dito, o que se denomina *rede de segurança*, foi ampliada e assegura que as decisões possam ser tomadas com transparência e regularidade. Eventuais abusos ou desvios poderão ser objeto de questionamento tanto em instâncias superiores, como ouvidorias (estaduais ou nacional) e corregedorias, seja no próprio Tribunal ou junto ao Conselho Nacional de Justiça. Com a maior conscientização da população sobre o Poder Judiciário, seu funcionamento e forma de controle, a credibilidade das decisões aumentam, pois os julgadores obrigam-se a estar mais atentos, sejam no que toca à atualização e aperfeiçoamento, seja quanto à obediência ao regramento institucional e funcional a eles aplicável.

3.9 A Prova como Meio de se Garantir Acesso ao Provimento Jurisdicional Justo e Efetivo

Caminha-se para as considerações finais do estudo, as quais são subdivididas em duas seções, para fins didáticos. Na primeira aponta-se que a prova é instrumento útil à efetividade e justiça das decisões judiciais. Na segunda, que o magistrado é o responsável por tornar a primeira afirmação uma realidade palpável.

No presente tópico tratar-se-á da prova como instrumento para se garantir o acesso a provimentos jurisdicionais justos e efetivos.

A prova, conforme se observa no decorrer do texto, é o centro nevrálgico do processo, ou seja, dando um tom mais poético ao discurso, sem a prova o que se tem é apenas um corpo sem alma, um nada vagando no cosmo do Direito Processual. Afirma-se isso sem medo de errar, pelo simples motivo de que a decisão a ser proferida em processo não instruído ou com prova deficitária estará fadado à superficialidade e à injustiça, pois ao se partir da

premissa de que o juiz é obrigado a dar a resposta, regra conhecida pelo adágio *non liquet*, deverá ele, na falta de prova, basear-se em regras de presunções e ônus, as quais servem de meio supletivo para a solução da contenda, mas não fornecem a realidade e veracidade da situação fática posta em juízo.

Em vista desta constatação, os sujeitos processuais, sobretudo o magistrado, presidente do feito e destinatário por excelência da prova, devem sempre buscar meios para que a reconstrução dos fatos seja feita de forma fiel, aproximando-se, na medida do possível, a verdade processual da realidade do mundo fenomênico.

Gomes (1995, p. 243) afirma:

o Estado Democrático de Direito, hoje com objetivos que configuram maior atuação na promoção do bem-estar social (Estado Social) não se compatibiliza com atitudes ditatoriais ou passivas do juiz, típicas de outras épocas. O processo existente nesse contexto social, por razões de coerência com os princípios que norteiam o próprio Estado, há de refletir na prática de postulados teóricos por este assumidos em suas normas constitucionais. A participação ativa do juiz torna-se indispensável para a consecução de tais fins. Por isso, o Estado concede-lhe uma gama de poderes para bem dirigir o processo, dele participando ativamente. Tal atuação participativa se torna ainda mais relevante por ocasião da instrução, já que é durante esta que se produzem as provas que servem de base ao juiz, na solução das questões que lhe cabe resolver ao aplicar o Direito vigente ao caso concreto.

A justiça e efetividade das decisões, como se nota, está intimamente ligada com a postura que o julgador vai assumir. É ele quem deve se apossar da função de conduzir o processo, tanto para autorizar ou coibir atos dos demais sujeitos processuais, com para ele próprio praticar o que se mostrar pertinentes. Deve ser um visionário, pois é preciso que o juiz leia as leis processuais não de forma literal e como seriam vistas por pessoas leigas quanto a assuntos jurídicos. Ele tem de lê-las vendo muito mais (BENETI, 2003, p. 20), indo mais a fundo e delas extraindo a máxima utilidade.

Sobre o poder do julgador na busca por provas, Moreira (1984, p. 180), há quase três décadas, já dizia:

mas parece que tudo isso gira em torno de um enorme equívoco, porque quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispendo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato.

Neste contexto, a prova, quando bem utilizada, é instrumento para a obtenção de decisões justas e efetivas e por decisão justa entende-se a que recomponha as partes em situação mais próxima possível daquela na qual se encontravam anteriormente ao evento que então é colocado à apreciação do Poder Judiciário. A tentativa, quando se fala em decisão

justa, é a recomposição do que se chama de *status quo ante*. Já por decisão efetiva, entende-se aquela que possa ser cumprida da forma menos danosa e mais rápida para ambas as partes.

Quando se utiliza de forma racional todos os meios de prova disponíveis, a chance de decisões justas e efetivas é muito maior, pois o espírito humano estará confortado com o esgotamento da atividade instrutória, evitando-se, por consequência, questionamentos e debates infundáveis em instâncias diversas e ainda que estes venham a ocorrer, como a instrução esgotou-se e foi feita de forma sensata e equacionada, os órgãos superiores no escalonamento da justiça terão muito mais condições de dar cabo ao processo, abrindo-se, eventualmente, a fase satisfativa, na qual veremos a efetivação do provimento jurisdicional.

Não se vive em um mundo ideal, no qual tudo é perfeito, de modo que a conclusão acima exposta pode parecer surreal, porém parte-se, quando se abordam posições dogmáticas, da premissa de que os sujeitos processuais não se valerão de subterfúgios e manobras para atingir os seus interesses, ainda que escusos. Nessas situações empíricas distorcidas do dogma, as quais são realidade nos foros, o modelo ideal proposto estará prejudicado, cabendo ao julgador, com mais vigor e severidade, dirigir o processo e lançar mão das regras processuais e materiais dispostas para o controle do sistema e dos atos abusivos e ilegais, apurando-os e reprimindo-os.

O fato é que, quando bem utilizadas, as provas serão instrumentos para a formação de uma realidade processual sólida, a qual se aproximará da verdade e fornecerá elementos de convicção consistentes não apenas para o julgador que participou da produção da prova, mas também para outras instâncias que venham a ser chamadas a reapreciar a causa. Com isso as chances de se obter provimentos justos e efetivos é alargada.

3.10 O Juiz, as Provas e o Bem Julgar

Como fora dito, as considerações finais dividem-se em duas partes, uma dependente da outra. Nada do que foi dito no item anterior será possível se o julgador portar-se de forma inerte, distante das partes e da realidade processual, para a qual é chamado a dar o seu pronunciamento.

As partes que se encontram em posições antagônicas na demanda têm a natural tendência, derivada do espírito humano, de defenderem os seus interesses, a qualquer custo, ainda que aos olhos de sujeitos estranhos à relação jurídico-processual eles possam parecer improváveis ou destituídos de fundamento.

Entregar a contenda processual à sorte da luta de interesses das partes é um grande risco para a finalidade do processo, pois muitos são os fatores capazes de influenciar a história e o resultado da demanda. Para citar apenas alguns, referimo-nos ao poder econômico, à desenvoltura dos advogados, às influências extrajurídicas, entre tantos outros, capazes de alterar a história do processo e, por consequência, a justiça e a efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Por essas razões, a prova somente poderá ser instrumento de justiça e efetividade se o julgador atuar de forma participativa e ativa, caso contrário, o que se verá é a entrega das partes à própria sorte, aos artificios e aos recursos individuais, o que acarretará prejuízos incontáveis para a utilidade do processo. O processo, além de servir como instrumento da atividade jurisdicional, também deve ser útil, caso contrário perde sua razão de ser.

Neste sentido, pontua Mergulhão (2010, p. 31):

não se fala em efetividade sem resultados úteis. Não mais se justifica a complexidade de teorias e nem mesmo a defesa de posicionamentos que destoam da realidade, por mero amor ao passado, por apegos nostálgicos. Urge que tenhamos um processo racional e útil, e não se coaduna com este novo processo civil, uma postura passiva do juiz ou uma postura contrária à atuação do juiz no campo probatório, já que não se concebe a ideia de processo de resultados e de utilidade sem a busca da verdade real – a que mais se aproxima da realidade dos fatos. A ideia do novo processo repudia a ideia da verdade formal.

O processo é o instrumento por meio do qual a jurisdição se faz presente e efetiva, porém, conforme se notou, caso o seu principal agente não tenha postura condizente com a nova realidade social, a efetividade estará prejudicada. Assim, o julgador é o *instrumento do instrumento*, ou seja, é por suas mãos que o processo assume o significado que a sociedade e o meio jurídico espera dele atualmente. É também pelas mãos do magistrado que a prova poderá servir como fundamento para decisões judiciais seguras.

Já em 1985, ciente do que acontecia pelo mundo em relação ao Direito Processual Civil, Moreira (1985, p. 145) escreveu:

s transição do liberalismo individualista para o "Estado Social de Direito" assinala-se, com é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das "regras do jogo" e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do "social" também no processo derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual;

equaciona-se em novos termos o capital problema da "divisão de tarefas" entre as partes e o órgão da jurisdição.

A questão da efetiva participação do julgador na produção de provas é tema que há muitos anos tem sido estudado por nossos doutrinadores.

Juntamente com eles, bem como a moderna doutrina processual, o autor deste estudo está convicto de que o magistrado deve fazer a necessária conexão entre a sociedade e todo o arcabouço jurídico disponível para a solução dos casos concretos que chegam ao Poder Judiciário, em especial no que se refere aos meios de prova, sejam típicos ou atípicos.

Nesse sentido, Mergulhão (2010, p. 240-241) afirma que "em todos esses exemplos, que com imaginação se multiplicariam, aparece o juiz como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos".

Adere-se à autora, pois o magistrado deve se aproximar não apenas das partes, mas também da sociedade na qual vive e exerce suas atribuições, uma vez que assim agindo, além de dar mais visibilidade ao Poder Judiciário, também terá mais condições de conhecer a realidade social e processual, o que fornecerá a ele o ambiente propício para que a causa seja julgada com mais profundidade e segurança.

O magistrado é o elo da cadeia que deve se formar entre a sociedade e o Judiciário e especificamente entre as partes processuais, prova e os provimentos jurisdicionais efetivos e justos. Assim agindo, de forma aberta e ativa, contribui também para que o acesso à justiça ocorra de forma ampla, pois o acesso à justiça não significa apenas a utilização de instrumentos processuais. O próprio esclarecimento da população sobre a estrutura e funcionamento do Judiciário já significa acesso à Justiça, visto este em um aspecto mais amplo. O conhecimento facilita e proporciona o socorro às medidas necessárias, quando elas forem cabíveis, além de trazer às pessoas, de modo geral, maior sensação de segurança e proteção dos seus interesses, estejam ou não em litígio.

Nesta altura da argumentação, interessante trazer a afirmação de que o juiz não tem direito à prova. Na verdade tem ele compromisso com a sua importante função. Deve ele sempre estar vinculado ao dever de entregar a prestação jurisdicional justa e eficaz e para tanto deve participar ativamente do enredo processual. Cambi (2006, p. 21) pontua:

o juiz não tem o direito à prova, o que não significa que não possa participar ativamente da atividade probatória, uma vez que o ordenamento processual lhe confere *poderes* probatórios. Sendo conveniente a produção da prova, o magistrado pode dar início à atividade probatória, sem a necessidade de uma proposição anterior. Isso porque o juiz é o *destinatário da prova*, sendo-lhe legalmente permitido buscar elementos cognitivos que tenham a função de

auxiliar a formação de sua convicção (arts. 30-1, Código de Processo Civil). O juiz, destarte, não precisa pedir, bastando-lhe fazer. No entanto, o magistrado não tem o *dever* de mandar produzir a prova, porque sua atividade probatória é *complementar*, ao contrário das partes que têm *ônus probatórios*, os quais consistem na necessidade de realizar uma determinada ação, seja para evitar certo efeito danoso, seja para obter um resultado útil.

É dever do julgador a participação ativa no processo e na produção das provas, pois somente assim terá condições de decidir com segurança. Caso mantenha-se inerte, como já se afirmou, acabará sendo obrigado a lançar mão de regras de ônus e presunções, quando for proferir sua decisão, o que, no atual estágio da ciência processual civil é, de toda sorte, indesejável.

Cumpra mencionar que quando se defende a interpretação ampla acerca dos poderes instrutórios do julgador não há intenção, em hipótese alguma, de que as iniciativas do julgador e das partes seriam uma excludente da outra. Pensa-se como Moreira (1985, p. 148), para o qual o papel do juiz e das partes, no tocante à instrução do processo, são complementares. Seria um absurdo, assim, concebê-los como reciprocamente excludentes.

Salutares ainda são os dizeres de Dinamarco (2005, p. 239), ao se referir às qualidades que um julgador deve possuir para bem julgar:

o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao Direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença.

Em virtude do que foi exposto, o julgador ativo, sobretudo no campo das provas, equivale a um agente de transformação social. Trata-se de uma das formas de se garantir melhor aproveitamento dos atos processuais, bem como é fator preponderante para a produção de decisões justas e efetivas, sem as quais o Poder Judiciário não tem sucesso em sua missão.

A partir do momento em que se tem um julgador que interage com as partes, que determina a produção de provas imprescindíveis para a solução da demanda, que entende o real significado e os reflexos que um processo justo e efetivo traz na vida das partes e, de modo indireto, na sociedade, caminha-se para a melhoria qualitativa da Justiça em nosso país. Diante deste novo panorama que se projeta e que já é realidade em muitos locais, obtêm-se um processo dialético, justo, equilibrado e equitativo. É o que podemos chamar do *bem julgar*, atribuível como qualidade dos órgãos jurisdicionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova tem papel de suma importância no processo, podendo ser considerada o centro da relação jurídico-processual, em torno do qual gravitam as garantias constitucionais, direitos, ônus e sujeições dos sujeitos processuais. Sem ela, o Estado, no exercício da sua função de julgar, estaria fadado a cometer grotescos desacertos jurisdicionais e inevitável injustiça.

As sociedades rudimentares, a partir do momento em que começaram a se organizar, viram-se obrigadas a criar formas de solucionar os conflitos sociais que passaram a existir na vida em comunidade. O Direito, desde suas conceituações mais primitivas, sempre teve o papel de ditar normas de conduta aos componentes das sociedades e a prova, mesmo que durante muito tempo não tenha recebido a atenção devida, sempre esteve presente nos mais antigos modos de se prestar a justiça.

O Poder Judiciário, tal como é conhecido hoje, é fenômeno recente na história da humanidade. Ele, assim como o processo, passou por muitas transformações durante os anos. Do mesmo modo, a prova também sofreu mutações e aperfeiçoamentos.

Partiu-se de sistemas singelos e boçais de prova, tais como aqueles nos quais o oculto, o divino e o sobrenatural ditavam regras para o mundo terreno, não escapando disso os processos judiciais. Passou-se pelas conhecidas provas tarifadas, tidas como avanço perante as anteriores, para enfim chegar-se ao sistema muito difundido, do qual o Brasil é signatário, no qual o julgador tem ampla liberdade para decidir, porém pesa sobre ele o dever de registrar os passos interpretativos trilhados até chegar às suas conclusões.

Nesse contexto, a legislação mundial, de modo geral, passou a prever meios de prova, de forma exemplificativa, entregando às partes a liberdade de utilizá-los, dentro de parâmetros estabelecidos em Lei, bem como abrindo ao julgador a liberdade de apreciar tais prova de forma ampla, ficando obrigado apenas a fundamentar suas decisões.

Os parâmetros para a conduta das partes e do julgador, no que diz respeito ao comportamento processual relativo às provas, em um primeiro momento, estaria estabelecido na lei processual, de onde seriam retirados também conceitos como natureza jurídica, objeto e relevância das provas.

Com o avanço dos conceitos e do modo de se ver o Direito Probatório, algumas premissas antes tidas como absolutas passaram a ser objeto de contestação e questionamentos. A antiga dicotomia entre os conhecidos conceitos de verdade formal e real não mais se

justificaria. Muitos estudiosos, principalmente juristas, debruçaram-se sobre o tema da verdade e sua relação com o processo. Com o passar do tempo chegou-se a um conceito retratado no presente estudo como plausível para os dias atuais. Este seria o que se passou a denominar de *verdade processual*. Tal expressão seria a espécie de verdade que se obtém dentro de um processo, durante a árdua tarefa de se reconstituir os fatos do mundo fenomênico. Abandona-se os conceitos de verdade material e real para adotar-se o mencionado acima, como sendo o retrato da realidade produzido pelos sujeitos processuais, sob a batuta do julgador, lançando-se mão dos meios de prova previstos e admitidos, ainda que de forma implícita, pelo sistema processual.

Ao se mencionar meios previstos e admitidos, o que se quer dizer é que o avanço do Direito Probatório incrementou o estudo sobre os meios atípicos de prova, ou seja, aqueles que, mesmo não previstos de forma expressa na legislação, estariam admitidos, de forma implícita, pelo sistema. Os meios atípicos de prova trouxeram consigo algumas inovações, principalmente em relação à conduta do julgador perante as provas, pois a análise e a admissão desses outros meios de prova obrigatoriamente deveriam passar pelo crivo do órgão jurisdicional incumbido de dirigir o processo. Daí que advém o termo *ativismo probatório*, querendo significar formas inovadoras de se reconstituir a verdade dentro da relação jurídica processual, a fim de que a entrega da prestação jurisdicional possa ser feita de forma eficiente e justa.

Com o avanço e reconhecimento do Direito Constitucional, o Direito Processual plantou suas raízes nas Cartas Políticas, tal como ocorreu em terras brasileiras. Os conhecidos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa ganharam o destaque que sonharam os idealizadores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como *Constituição Cidadã*, alçando de vez o processo ao patamar de instrumento por natureza, do qual dispõe o Estado-Juiz para efetivar a paz e justiça.

A constitucionalização do Direito, da qual não fugiu o Direito Processual, reforçou o caráter público do processo. Daí passou-se a se presenciar a crescente publicização da relação jurídico processual. A demanda passou a interessar muito mais ao Estado do que às partes envolvidas no conflito de interesses.

Diante do aumento do interesse estatal na solução dos conflitos, o poder deste na direção e destino do processo ganha reforço, com ênfase para a conduta do julgador em relação aos meios e produção da prova.

Começa a ter destaque então o caráter social e coletivo do processo, uma das conhecidas ondas de acesso a Justiça, citadas e comentadas na segunda metade do século

passado. O Direito Processual deixa de ser um instrumento destinado a resolver o conflito entre as partes processuais, vistas de forma individual. O caráter social do instrumento nato de solução de conflitos dá o tom do discurso e do debate e dentro deste panorama mais uma vez é o órgão jurisdicional e seu poder de direção do processo que ganham a atenção do mundo jurídico.

Com a intenção de regulamentar a crescente demanda por *justiça coletiva* surgem algumas legislações específicas no Brasil que tratam do tema, tais como a conhecida Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, porém a simples previsão de dispositivos de leis não é suficiente para a solução, com justiça e efetividade, das novas demandas e conflitos que passam a surgir como avanço da sociedade.

É nesse momento que o Direito Probatório ganha mais destaque, pois as novas demandas e conflitos exigem outras formas de se reconstituir a verdade dos fatos. Tem-se então o reconhecimento irreversível de que a prova é um *direito fundamental*. Arelado a isso está também o uso de princípios constitucionais, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, para fundamentar métodos diferenciados de se entregar a prestação jurisdicional e solucionar a crescente procura por respostas estatais para questões antes afastadas dos balcões do Poder Judiciário.

Diante da mutação social, o Direito, em especial o Processual, é chamado a acompanhá-la. O ônus da prova, antigamente visto de forma estática e simplista, ganha novos contornos e assume função de equilibrar a relação processual, seja por meio de previsão legal, seja em virtude de novas teorias e da atuação do magistrado. A inversão do ônus da prova, na sociedade de massificação das relações comerciais, torna-se instrumento de justiça e efetivação das decisões jurisdicionais.

Antes, o princípio do contraditório e o ônus da contestação eram levados ao extremo, a ponto de se criar decisões automáticas, muitas vezes injustas, pela aplicação fria da regra segundo a qual se presumem como verdadeiros os fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu. Injustas, pois esse tipo de decisão despreza mínimos indícios probatórios de que as alegações da parte autora não são verdadeiras.

Em virtude das transformações já citadas esse paradigma se altera e o jurisdicionado, bem como a sociedade, não se contentam mais com decisões mecânicas, as quais desconsideram postulados relativos aos direitos fundamentais, os quais ganham cada dia mais importância no âmbito da atividade jurisdicional.

O julgador, diante de caso em que se aplicaria, a princípio, a regra de presunção decorrente da revelia, é obrigado, antes de assim proceder, a analisar o contexto do processo,

bem como, se for o caso, diligenciar para solver dúvida pendente, isso para que possa proferir decisão que se aproxime do ideal de justiça. Não se trata de ofensa os princípios da imparcialidade e inércia do julgador, mas apenas da superação do denominado contraditório estático. Agora ele é dinâmico, temperado pela Constituição Federal e seus princípios.

Prova disso é que, além do já citado Código de Defesa do Consumidor, o legislador brasileiro tende a reformar, *de lege ferenda*, o Código de Processo Civil nacional, passando a nele prever a inversão do ônus da prova como instrumento destinado a ser aplicado em toda e qualquer relação processual, não apenas a que envolva relação de consumo. O que se nota, por meio da constatação acima, é a tendência, cada vez maior, de dar ao processo a natureza publicista que ele merece, bem como fornecer instrumentos para que o magistrado possa ajustar a relação jurídico-processual, tornando-a mais equilibrada, não apenas no momento da apreciação da prova e prolação da sua decisão, mas também durante o procedimento de produção e deferimento da prova, pois é nele que a história do processo é feita, após a qual se tem campo para a prolação da decisão que coloque, com justiça e efetividade, fim ao dissídio apresentado ao Estado-Juiz.

Não se pode esquecer da tão falada teoria do ônus dinâmico da prova, anunciada em primeiro momento na Argentina, segundo a qual, de forma singela e resumida, os ônus processuais da prova devem ser distribuídos de forma sistemática e equilibrada de acordo com as condições que cada uma das partes tem de produzir determinada prova. Há quem defenda a introdução da referida teoria no atual projeto de Código de Processo Civil Brasileiro, porém não é a posição mais acertada, já que da forma como vem a novidade legislativa o que se tem, em verdade, é mera inversão do ônus da prova, não distribuição dinâmica deles.

Lembra-se que a inversão do ônus da prova, assim como todas as regras atinentes ao ônus, servem como *ultima ratio*, ou seja, devem ser utilizadas quando a atividade probatória e a eventual intervenção do julgador não tenham sido suficientes para se definir a causa com segurança: primeiro buscam-se provas da verdade e, se elas não forem obtidas, utilizam-se regras de ônus da prova e demais presunções de forma a oferecer a prestação jurisdicional, eis que o juiz não pode se eximir do dever de dizer o Direito.

Em virtude do que já foi dito, o que passa a ter verdadeiramente importância é como o julgador moderno deve ser portar perante a prova, a fim de que por meio dela, e do processo, possa entregar uma resposta jurisdicional que se aproxime da justiça, mas ao mesmo tempo seja efetiva, célere e segura.

O tema da efetividade do processo, e porque não da prova, tem ganhado corpo nos últimos anos, certamente em decorrência de diversos fatores sociais que desencadeiam diretamente na atividade do Estado-Juiz.

Com a crescente massificação das relações sociais, os surgimentos de demandas coletivas e o reconhecimento dos direitos pelos cidadãos, tem-se novas exigências perante o antigo Judiciário, em muitos casos vistos como um poder arcaico e destituído de ferramentas e logística para bem desempenhar sua importante missão.

Certamente é na ineficiência do Estado, a qual atingiu seu ápice nos últimos anos, que a discussão da efetividade da justiça e do processo encontra terreno fértil. A estrutura e o formalismo desse Poder também são temas recorrentes quando se fala em eficiência do Estado e efetividade das decisões judiciais.

Por efetiva deve-se entender a decisão que seja possível de ser executada, ou seja, aquela que poderá ser concretizada no mundo real, materializando-se em atos palpáveis às partes, principalmente àquela que se sagrou vencedora.

Atrelado ao conceito de efetivo tem-se o de justo. Por decisão justa deve-se entender aquela que seja capaz de introduzir serenidade no espírito humano, ou seja, é a decisão que, guardadas as devidas imperfeições, aproxime-se do ideal de justiça. É aquela capaz de, mesmo ao perdedor, apresentar-se como o melhor caminho a ser seguido. Para isso, é importante que as partes, seja vencedora ou vencida, tenham a sensação de que tiveram oportunidade para expor todas as suas ideias e lançar mão de todos os recursos admitidos em Direito para provar seus argumentos.

O ideal então passa a ser uma decisão que a um só tempo seja efetiva e justa, sem que com isso sejam abandonados preceitos básicos do Direito Processual Civil, tais como a basilar segurança jurídica. De nada adianta uma decisão célere se não existe atenção ao mandamento de um processo seguro e que seguiu os mínimos parâmetros de validade e existência.

É a partir daí que o magistrado, presidente nato do processo, assume de vez o papel que a história e o Direito lhe conferiram, o de agente de otimização da relação processual e de concretizador dos postulados da efetividade e da justiça do processo, por meio do trabalho a ser desempenhado sobre o Direito Probatório.

Abandona-se de vez a postura inerte e afastada de outrora, para participar ativamente da reconstrução dos fatos dentro do processo, na busca pela verdade processual. Os poderes instrutórios do julgador, antes vistos de forma tímida, precisam ser enxergados de modo diferente, pois esta é uma exigência não apenas do Direito Processual, mas da própria

sociedade, que clama por decisões justas, seguras e efetivas. Acima de tudo, o que o meio social e jurídico espera são decisões que coloquem, de vez, fim à discussão processual, porém que ao mesmo tempo transmitam a sensação de que foram justas e que são exequíveis.

Nesse movimento em que se tem um juiz mais ativo, existe certa aproximação entre o Direito Processual Penal e Civil, pois tais relações jurídico-processuais, antes vistas como dois extremos separados por um abismo, hoje relativizaram-se, confundindo-se em certos pontos, principalmente quando se presencia o surgimento de institutos inovadores do Direito Penal e Processual Penal, tais como transação penal e composição civil dos danos, por meio das quais a responsabilização penal, antes feita exclusivamente por meio de penas corporais, é substituída por meios alternativos à prisão.

Diante de toda evolução pela qual passou a sociedade, bem como o Direito Processual e o Direito Probatório, o julgador obrigatoriamente foi lançado ao papel mais ativo em relação às provas. Seus poderes instrutórios são potencializados, para que assim possa decidir melhor, com mais justiça e equidade.

Tabus como o princípio dispositivo e a imparcialidade cedem lugar para o princípio da proporcionalidade e a busca pela verdade, pois dela depende a saudável reconstrução dos fatos e esta traz como decorrência lógica a possibilidade de decisões mais justas e que possam ser executadas com maior facilidade.

É no comportamento do magistrado, durante a instrução do feito, que se busca a efetividade e justiça das decisões. Sem esta postura mais ativa, investigativa, mas ao mesmo tempo comprometida com os limites da função jurisdicional, é grande a chance de que sejam proferidas decisões injustas ou mesmo que não possam se concretizar.

Deve o julgador atuar de forma ativa e não existem mais razões para que assim não seja, pois existem formas eficazes de controlar eventuais abusos e desvios do julgador. A antiga concepção de que a concentração de poder no juiz é um risco que não mais vale para o atual estágio do Direito. Muito pelo contrário, para que a magistratura cumpra sua real função, sobretudo seu papel social, é de suma importância que o julgador seja ativo, atuante, principalmente no campo das provas. Somente assim o julgador servirá de agente na utilização da prova como fator de transformação social e obtenção de decisões justas e efetivas.

Acima de tudo, um processo com base probatória sólida, conduzido por um juiz ativo, porém comprometido com os ideais de justiça do Estado Democrático de Direito, é o limiar da mudança e da revolução que tanto se espera dentro do Poder Judiciário Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512>>. Acesso em: 13 fev. 2012.

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 2, p. 95-119, jan./jun. 2012

ANDRÉ, Bruno Afonso de. Apresentação. In: BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 03.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do Direito Material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BENTHAN, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução do francês Manoel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1971. v. 1.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Fundamento, 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 4. ed. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

_____. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. **O processo civil no Direito comparado**. Belo Horizonte: Líder, 2001.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**: parte geral. O conceito jurídico da prova. São Paulo: Leud, 2003.

_____. **Como se faz um processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição. Tradução Paolo Capitanio. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**: pruebas en materia civil. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1978. t. 2.

_____. **Introdução do Estudo do Processo Civil**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2008.

DALARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. Salvador: Edições Podium, 2007. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la prueba judicial**. Anotações e corroborações Adolfo Alvarado Velloso. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. t. 1.

FARIA, Adriane Patrícia dos Santos. Estado intervencionista X direitos fundamentais: conflito entre normas e princípios. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane. **Teoria geral do Direito**: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade. Birigui: Boreal, 2011. p. 88-99. (Coleção UNIVEM)

FARIA, José Eduardo. Justiça e Conflito. **Os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FROÉS, Carga Baggio Laperuta; REINAS, Cássia Cristina Hakamada; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. A matriz principiológica da prova como direito fundamental. **Revista em tempo**, Marília, v. 11, p. 267-283, 2012.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

GARCIA, Bruna Pinotti; SANTOS, Cássio Roberto dos. Prova documental e a evolução informática: força probante da ata notarial de páginas da *Internet* e dos impressos da *Web*. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 113, p. 9-26, 2012.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes instrutórios do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**: versão condensada pelo autor. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LAZZARINI, Álvaro. Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 48, ano 12, p. 206-216, out./dez. 1987.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais no processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 09, v. 35, p. 24-67, jul./set. 1984.

MACHADO, Edinilson Doniste. **Ativismo Judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no Direito Processual**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, ano 09, p. 178-184, jul./set. 1984.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 37, ano 10, p. 140-150, jan./mar. 1985.

NALINI, José Renato. **Justiça**. São Paulo: Canção Nova, 2008.

_____. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução do Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZZOLI, Lafayette. Franco Montoro: uma vida de unidade. In: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). **Ensaio em homenagem a Franco Montoro**: humanismo e política. São Paulo: Edições Loyola; 2001. p. 63-78.

_____; SPLICIDO, Christiane (Org.). **Teoria geral do Direito**: ensaios sobre a dignidade humana e fraternidade. Birigui: Boreal, 2011.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Acesso à justiça: elementos para uma reflexão sobre a justiça participativa. **Revista em Tempo**, Marília, v. 08, p. 47-56, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTIS MELENDO, S. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luciano Braz da; POZZOLI, Lafayette. A ética e a virtude como matrizes da concepção de justiça na filosofia grega clássica. In: POZZOLI, Lafayette; FILHO, Vladimir Brega (Coord.). **Matrizes dos conceitos de justiça**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 25-81.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Fernández Ciudad: Trotta, 2009.

TELLES JÚNIOR, Álvaro. Direito fundamental ao processo justo. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane. **Teoria geral do Direito**: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade. Birigui: Boreal, 2011. p. 157-162. (Coleção UNIVEM)

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.