

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA**

**A PROVA COMO DIREITO HUMANO E DIREITO**  
**FUNDAMENTAL DAS PARTES DO PROCESSO JUDICIAL**

Belo Horizonte  
2011

**CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA**

**A PROVA COMO DIREITO HUMANO E DIREITO  
FUNDAMENTAL DAS PARTES DO PROCESSO JUDICIAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil.

Área de Concentração: Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Manuel Galdino da Paixão Júnior.

Belo Horizonte  
Faculdade de Direito da UFMG  
2011

A447p

Almeida, Cleber Lúcio de

A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial / Cleber Lúcio de Almeida. Belo Horizonte – 2011. 209f.

Orientador: Manuel Galdino da Paixão Júnior

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais – Programa de Pós-Graduação em Direito – Faculdade de Direito.

1. Direito processual – Brasil – Teses. 2. Ação judicial. 3. Prova (Direito) – Brasil. 4. Direitos civis – Brasil. 5. Direitos humanos. 6. Processo legal justo I. Paixão Júnior, Manuel Galdino da. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.94:342.7  
342.7:347.94

**Universidade Federal de Minas Gerais**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Tese intitulada “*A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*”, de autoria do doutorando Cleber Lúcio de Almeida, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Professor Doutor Manuel Galdino da Paixão Júnior – Orientador

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Belo Horizonte, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

Para  
Ulisses, Eva, Matias, Clemência e todos aqueles  
que lutam pela efetividade dos direitos humanos e  
direitos fundamentais

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, fonte primeira de toda inspiração.

Aos meus pais Ulisses e Maria Socorro, pelos valiosos exemplos de vida.

À minha esposa Wânia, pelo incentivo constante e sincero, e que, juntamente com as nossas filhas Ana Clara e Maria Luísa, conferem sentido à minha existência.

Ao amigo e orientador, Professor Doutor Manuel Galdino da Paião Júnior, pela disposição constante para o debate e pronta ajuda.

Aos professores, colegas e amigos que contribuíram para a realização das pesquisas que resultaram na presente tese.

## RESUMO

Esta tese tem por objetivo analisar a prova na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da Constituição da República de 1988. Buscou-se averiguar se a prova constitui direito das partes do processo civil e do trabalho e se a este direito, sendo confirmada a sua existência, pode ser atribuído o *status* de direito humano e fundamental. A partir da análise crítica de normas que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, da Constituição da República de 1988 e da legislação e doutrina, chegou-se à conclusão que as partes do processo judicial são titulares de direitos humanos e fundamentais processuais, cujo conjunto compõe o que foi denominado “mínimo existencial processual”; que a prova constitui um direito humano e fundamental das partes do processo judicial; e que o Estado Democrático de Direito exige a participação das partes na definição dos seus direitos e obrigações, conferindo-lhes a condição de sujeitos *do* processo, e não apenas de sujeitos *ao* processo, e é consolidado por esta participação. A natureza humana e fundamental do direito à prova lhe confere a condição de direito inerente à dignidade humana e de instrumento desta mesma dignidade e atribui o regime jurídico próprio dos direitos humanos e fundamentais, que têm natureza supralegal e a supressão constitucionalmente vedada, além de possibilitar a denúncia de sua violação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

**Palavras-Chave:** Prova. Direito à prova. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The objective of this thesis is to analyze the role of evidence from the perspective of International Human Rights Law, and the Brazilian Federal Constitution of 1988. We seek to verify whether evidence is a right of the parties in civil and labor cases, and whether the status of a human and fundamental right can be attributed to this right, if it is confirmed to exist. Based on a critical analysis of the rules that make up International Human Rights Law, the Brazilian Federal Constitution of 1988 and legislation and legal doctrine, we reached the conclusion that the parties in judicial proceedings have human and fundamental procedural rights, which together make up what has been called the “minimum procedural existence”; that evidence is a human, fundamental right of the parties in judicial proceedings; and that the Rule of Law requires the participation of the parties in the definition of their rights and obligations, conferring upon them the condition of subjects *of* the proceeding, and not just subjects *to* the proceeding, and is consolidated by this participation. The human and fundamental nature of the right to evidence grants it the condition of a right inherent to human dignity and to the dignity of this instrument of this same dignity, and attributes its own legal regime to human and fundamental rights, which have a supra-legal nature, and to constitutionally prohibited suppression, as well as allowing accusations of its violation to the Inter-American Commission on Human rights.

**Keywords:** Evidence. Right to evidence. Human rights. Fundamental rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Coord.	Coordenador
CPC	Código de Processo Civil
DJe	Diário Judiciário Eletrônico
ed.	edição
n.	número
Op. cit.	obra citada
p.	página
t.	tomo
v.	volume

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. FATOS, DIREITO, PROCESSO E PROVA .....</b>	<b>13</b>
2.1 Fatos e direito .....	13
2.2 Fatos e processo .....	18
2.3 Prova e direito .....	24
<b>3 ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA .....</b>	<b>25</b>
3.1 Noções introdutórias .....	25
3.2 Conceito jurídico de prova.....	25
3.2.1 Dos vários sentidos do vocábulo <i>prova</i> .....	25
3.2.2 Prova e verdade .....	31
3.3 Objeto da prova .....	45
3.3.1 Prova de fatos e prova de alegações .....	45
3.3.2 Objeto abstrato e objeto concreto da prova .....	50
3.3.3 Prova do direito .....	52
3.4 Destinatários da prova .....	53
3.5 Ônus da prova .....	55
3.5.1 Aspectos gerais.....	55
3.5.2 Distribuição do ônus da prova.....	58
3.5.3 Ônus da prova no processo civil e no processo do trabalho.....	63
3.5.4 Momento da incidência das regras de distribuição do ônus da prova .....	70
3.5.5 Inversão do ônus da prova.....	72
3.5.6 Iniciativa probatória do juiz .....	74
3.6 Finalidade da prova .....	87
3.7 Dos meios de prova.....	89
3.7.1 Fontes e meios de prova .....	89
3.7.2 Meios de prova .....	91
3.7.3 Meios de prova admissíveis no processo civil e no processo do trabalho.....	92
3.8 Procedimento probatório .....	96
3.8.1 Noções gerais .....	96
3.8.2 Das fases do procedimento probatório .....	97
3.8.3 Participação das partes nas fases do procedimento probatório .....	104
3.9 Valoração da prova .....	106
<b>4 A PROVA COMO DIREITO.....</b>	<b>110</b>
4.1 Notas introdutórias.....	110
4.2 Liberdade e direito à prova .....	111
4.3 A prova na Constituição da República de 1988.....	114
4.3.1 O expresse reconhecimento do direito à prova na Constituição da República de 1988.....	115
4.3.2 O implícito reconhecimento do direito à prova na Constituição da República de 1988 .....	116
4.3.2.1 Dignidade humana e direito à prova.....	116
4.3.2.2 Tutela jurisdicional dos direitos e direito à prova .....	118

4.3.2.3	Processo e decisão justos e direito à prova.....	119
4.3.2.4	Direito de defesa e direito à prova .....	122
4.3.2.5	Contraditório e direito à prova .....	123
4.3.2.6	Vedação da prova ilícita e direito à prova.....	127
4.3.2.7	Democracia processual e direito à prova.....	127
<b>4.4</b>	<b>Efetividade da jurisdição e do processo e direito à prova.....</b>	<b>128</b>
<b>4.5</b>	<b>Direito ao procedimento e direito à prova.....</b>	<b>130</b>
<b>4.6</b>	<b>Ainda em favor da existência do direito à prova.....</b>	<b>130</b>
<b>4.7</b>	<b>O reconhecimento da existência do direito à prova na doutrina e no direito nacionais e estrangeiros.....</b>	<b>133</b>
<b>4.8</b>	<b>Conteúdo do direito à prova.....</b>	<b>140</b>
<b>4.9</b>	<b>Limites do direito à prova. Cerceamento do direito à prova .....</b>	<b>145</b>
<b>4.10</b>	<b>Vedação da prova ilícita .....</b>	<b>149</b>
<b>5</b>	<b>DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>153</b>
<b>5.1</b>	<b>Processo e Constituição. Processo e direito internacional dos direitos humanos .....</b>	<b>153</b>
<b>5.2</b>	<b>Direitos humanos.....</b>	<b>155</b>
<b>5.3</b>	<b>Direitos humanos processuais .....</b>	<b>161</b>
<b>5.4</b>	<b>Direitos fundamentais.....</b>	<b>170</b>
<b>5.5</b>	<b>Direitos fundamentais processuais .....</b>	<b>176</b>
<b>6</b>	<b>A PROVA COMO DIREITO HUMANO E COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>178</b>
<b>6.1</b>	<b>Aspectos gerais.....</b>	<b>178</b>
<b>6.2</b>	<b>A prova como direito humano.....</b>	<b>179</b>
<b>6.3</b>	<b>A prova como direito fundamental.....</b>	<b>181</b>
<b>6.4</b>	<b>A prova como direito humano e como direito fundamental: consequências.....</b>	<b>184</b>
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>191</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>198</b>

# 1 INTRODUÇÃO

A prova sempre despertou grande interesse na doutrina nacional e na estrangeira, o que é demonstrado pela vasta produção científica que a tem por objeto. Contudo, os estudos sobre a prova têm como característica marcante a sua consideração na perspectiva do direito probatório material<sup>1</sup> e formal<sup>2</sup> e enquanto ônus das partes.<sup>3</sup>

No Brasil, nem mesmo a maior ênfase conferida ao direito de participação das partes na construção do provimento jurisdicional e à leitura do processo à luz da principiologia da Constituição da República de 1988 foi capaz de romper com esta realidade.

A proposta desta tese consiste em refletir e explicitar a existência do direito à prova,<sup>4</sup> na perspectiva do direito processual civil e do direito processual do trabalho e, sendo constatada a existência deste direito, examinar a possibilidade de lhe atribuir o *status* de direito humano e fundamental.

A reflexão proposta é justificada pela relevância da prova para a efetividade da ordem jurídica, vez que o direito objetivo se realiza quando ocorrem os fatos sociais que define como pressuposto das consequências jurídicas que determina. Isso pressupõe a prova daquela ocorrência, quando negada em juízo. Também não pode ser negada a importância da prova para a realização concreta dos direitos subjetivos assegurados pela ordem jurídica. A tutela de um direito é realizada em dois momentos interdependentes e complementares, quais sejam: sua atribuição pela ordem jurídica (tutela jurídica); e sua realização coativa pelos órgãos jurisdicionais, na hipótese de não observância espontânea (tutela jurisdicional). Mas a tutela jurisdicional não constitui resultado automático da afirmação, em juízo, da titularidade de um direito, pressupondo a prévia confirmação da sua existência, o que, por sua vez, pressupõe a prova da ocorrência do seu fato constitutivo. Com isso, sustenta-se que no processo é a prova que dá vida ao direito, constituindo, dessa forma, a sua alma.

A relação entre a prova e a efetividade da ordem jurídica e dos direitos subjetivos conduz à sua vinculação com a dignidade humana, vez que esta exige a realização concreta dos direitos que lhe são inerentes.<sup>5</sup> De outro lado, a efetiva participação das partes na

---

<sup>1</sup> Normas que disciplinam os meios de prova e o seu valor probante.

<sup>2</sup> Normas que regem o procedimento probatório.

<sup>3</sup> Dimensão negativa da prova.

<sup>4</sup> Dimensão positiva da prova.

<sup>5</sup> Nesta pesquisa, é adotado o conceito de dignidade humana fornecido por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem dignidade humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do

formação do provimento judicial por meio da apresentação de provas, constitui uma exigência do Estado Democrático de Direito, o que autoriza afirmar que o debate sobre a prova está inserida no quadro mais amplo do debate sobre o funcionamento da democracia. Ademais, qualquer sociedade que tenha a pretensão de ser justa deve ter como norte a maior inclusão social possível. Isso por meio não apenas do reconhecimento formal de direitos, mas também de sua realização concreta, na hipótese de não observância espontânea, o que permite atribuir ao processo e nele à prova, a condição de instrumentos de luta pela inclusão e justiça social.<sup>6</sup> A relação prova-efetividade do direito objetivo e subjetivo, prova-dignidade humana, prova-Estado Democrático de Direito, prova-inclusão social e prova-justiça social confere à prova uma dimensão que vai além do processo.<sup>7</sup>

A reflexão que se pretende empreender incorpora conteúdos de direito internacional dos direitos humanos, direito constitucional, direito processual civil, direito processual do trabalho e direito comparado e será realizada a partir do exame crítico da literatura especializada e da legislação nacional e estrangeira.

Com o objetivo de obter pontos de partida necessários para responder à indagação desta tese, inicialmente será examinada, no Capítulo 2, a relação entre fatos e direito, fatos e processo e prova e direito. Em seguida, partir-se-á para o estudo, no Capítulo 3, dos elementos da teoria geral da prova, considerando os aspectos de maior relevância para esta pesquisa. No Capítulo 4, será examinada a prova como direito, com a definição do seu conteúdo e das situações em que será cerceado o direito à prova. No Capítulo 5, serão estudados os direitos humanos e fundamentais, inclusive os de natureza processual. No Capítulo 6, será examinada a possibilidade de situar o direito à prova entre os direitos humanos e fundamentais, e as consequências da atribuição ao direito à prova de *status* de direito humano e fundamental.

Ao final, o que se pretende é demonstrar que a prova constitui não apenas um direito das partes do processo judicial, mas também um direito humano e fundamental, que

---

mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". (SARLET, *As dimensões da...*, in: *Dimensões da dignidade...*, p. 37).

<sup>6</sup> O direito é fruto de luta e se realiza concretamente pela luta. Sem luta não há direito reconhecido e realizado praticamente.

<sup>7</sup> No processo não se deve dar ensejo à possibilidade de opção entre os ganhos decorrentes do descumprimento das obrigações impostas pela ordem jurídica e os que resultam do seu cumprimento (*teoria da violação eficiente das obrigações*). O juiz deve atuar firmemente no sentido da realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica democraticamente instituída.

compõe o mínimo existencial processual assegurado e conformado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela Constituição da República de 1988.<sup>8</sup>

Importa salientar que situar o direito à prova entre os direitos humanos e fundamentais significa: a) relacioná-lo com a promoção e a defesa da dignidade humana; b) atribuir-lhe o regime jurídico próprio daqueles direitos; e c) tornar possível à parte denunciar a sua violação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, visando o seu pleno gozo e à reparação dos danos eventualmente sofridos em razão desta violação.

---

<sup>8</sup> A hipótese não diz respeito à existência e eventual dimensão do *direito fundamental à garantia das condições mínimas necessárias para uma existência digna*. Por mínimo existencial, tem-se o padrão existencial mínimo já definido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela Constituição da República de 1988.

## 2. FATOS, DIREITO, PROCESSO E PROVA

### 2.1 Fatos e direito

Antes de adentrar no estudo da prova e como preparação para fazê-lo, cumpre observar que é íntima a relação entre fatos e direito, considerado este na sua dimensão objetiva e subjetiva. Com efeito, o direito objetivo<sup>9</sup> se manifesta por meio de normas jurídicas,<sup>10</sup> que vinculam os fatos sociais que disciplinam a determinadas consequências jurídicas também nelas previstas.<sup>11</sup>

As consequências jurídicas estabelecidas pelas normas jurídicas somente se tornarão realidade se ocorrerem os fatos sociais a que estão vinculadas. É neste sentido a lição de Leo Rosenberg, para quem:

O direito objetivo, como ordenamento das relações exteriores dos homens, se refere a acontecimentos exteriores cuja realização imagina. Parte, pois, de um estado hipotético das coisas que formula em abstrato, mas, está claro, quer ver cumprido o mandato que contém a norma abstrata quando aquele estado de coisas chega a ser uma realidade concreta, ou, dito com outras palavras, quando o acontecimento exterior de que o ordenamento jurídico faz depender seu mandato, tenha ocorrido realmente.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Conjunto de normas jurídicas que organizam e disciplinam as relações sociais. Quando se fala em direito objetivo tem-se em mente o direito interno e o internacional, diante da interação entre a ordem jurídica nacional e internacional determinada pela Constituição da República de 1988 (art. 5º, § 2º), lembrando-se que, como adverte J.J. Gomes Canotilho, verdadeiro Estado de direito é aquele “Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes *pactos internacionais* [...], nas grandes *declarações internacionais* [...] e noutras grandes *convenções* de direito internacional” (CANOTILHO, O ónus da prova na..., in: *Estudos sobre direitos...*, p. 233).

<sup>10</sup> As normas jurídicas, consoante aduz Antônio Hernández Gil, constituem “a exteriorização ou superfície do ordenamento” (GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, p. 126).

<sup>11</sup> Ao atribuir consequência jurídica aos fatos sociais, as normas jurídicas lhes confere a condição de fatos jurídicos, isto é, de acontecimentos de que decorrem consequências jurídicas. Fatos jurídicos, como observa Manuel Galdino da Paixão Júnior, são “fatos da vida que se formam jurídicos porque o direito passa a regulamentar a ocorrência deles” (PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria geral do processo*, p. 244). Como adverte Torquato Castro, o fato jurídico “não se comporta como *objeto* do direito, mas em seu significado para a vida da coexistência humana, como a *razão* que fundamenta a solução jurídica. Por isso se diz que o fato é *causa*. Uma causalidade indesligável do direito ou da solução jurídica, que será outra, se outro o fato-causa [...]. A solução jurídica parte dos fatos, limita-se pelos fatos, e revela-se, afinal, como escolha, numa situação de fato que é a situação normada”. (CASTRO, *Teoria da situação jurídica em...*, p. 23-24).

<sup>12</sup> ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 15.

Assim, o direito objetivo disciplina os fatos sociais e se realiza concretamente na ocorrência deles, o que ganha relevância em razão de o direito objetivo postular, como assinala A. Castanheira Neves, “uma *ordem justa* de sociedade”.<sup>13</sup>

De outro lado, ao se colocar diante dos fatos sociais, o direito objetivo lhes atribui consequências jurídicas,<sup>14</sup> que podem significar a constituição, o impedimento à constituição e a extinção ou modificação de direitos subjetivos.<sup>15</sup>

A propósito observa José Carlos Moreira Alves que a norma jurídica

prevê, abstratamente, uma situação de fato [...] à qual atribui um efeito jurídico [...]. Essa situação de fato, que corresponde à hipótese prevista na norma jurídica, e da qual decorre o efeito jurídico, denomina-se fato jurídico em *sentido amplo*. Mas as normas jurídicas não prevêm, abstratamente, apenas situações de fato de que emane o nascimento da relação jurídica, mas também as de que resulte a modificação ou a extinção de relações jurídicas. Em face disso, podemos conceituar o *fato jurídico em sentido amplo* como a situação de fato de que o direito objetivo faz decorrer efeito jurídico (isto é, o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica).<sup>16</sup>

Destarte, o direito objetivo estabelece uma relação de criação entre fatos e direitos subjetivos: dos fatos nascem, por força do direito objetivo, os direitos subjetivos.

Neste contexto, pode ser dito que o direito objetivo se realiza nos fatos que disciplina e são estes fatos que, por força do direito objetivo, fazem surgir direitos subjetivos.

Abre-se um parêntese para esclarecer que o direito objetivo, ao disciplinar as relações sociais, define a posição jurídica das partes no contexto destas relações. A propósito, aduz Torquato Castro que

<sup>13</sup> NEVES, O direito como..., *in: Digesta: escritos...*, v. I, p. 308. No ordenamento jurídico pátrio, a vinculação entre o direito e justiça é expressamente estabelecida pelo art. 2º, I, da Constituição da República de 1988, que inclui a construção de uma sociedade justa entre os objetivos fundamentais da República, o que traduz o reconhecimento do direito a uma ordem jurídica justa.

<sup>14</sup> Miguel Reale afirma que “toda norma jurídica assinala uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores [...]. Nenhuma norma surge *ex nihilo*, mas pressupõe sempre uma tomada de posição perante fatos sociais, tendo-se em vista a realização de determinadores valores” (REALE, *Teoria tridimensional do direito*, p. 96, 101).

<sup>15</sup> Daí se falar em fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos de direitos. Segundo Moacyr Amaral Santos, fatos constitutivos são “os que têm a eficácia jurídica de dar vida, de fazer nascer, de constituir a relação jurídica [...]. Por fatos *extintivos* se entendem os que têm a eficácia de fazer cessar a relação jurídica [...]. Fatos *impeditivos* são todas aquelas circunstâncias que impedem que decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui a sua razão de ser [...]. Fatos *modificativos* são os que, sem excluir ou impedir a relação jurídica, à qual são posteriores, têm a eficácia de modificá-la” (SANTOS, *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, p. 27-28). Os fatos impeditivos são concomitantes aos constitutivos, impedindo, com a sua ocorrência, o surgimento do direito que daqueles decorrem. Os fatos extintivos e modificativos são posteriores à constituição do direito e sobre este atuam, para extingui-lo ou modificar.

<sup>16</sup> ALVES, *Direito romano*, p. 155-156.

Próprio do direito é a operação, e não precisamente o pensamento, pois que todo necessário pensar juridicamente é apenas instrumental para seu operar.

A operação em que se define o direito não se realiza sobre gêneros, na ordem abstrata, mas sobre problemas existenciais revelados através da tipicidade concreta de *atos*; razão por que toda operação jurídica incide sobre sujeitos concretos, sempre certos, e sobre a realidade de uma *res certa*, que é o *objeto de atribuição*.

O direito revela-se, assim, no plano fenomênico, como um *concretum* situacional, consistente em uma disposição normativa de *objetos certos* ou *medidos*, enquanto *referidos* a sujeito ou a sujeitos *individuados*. Nesta ordem dispositiva, instaurada pela norma, todo sujeito será aquele que for referido ou *posicionado* ao objeto, ocupando, assim, uma *posição*. Esse *concretum* situacional se denomina situação jurídica [...]. *Situação jurídica* é a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo *objeto* [...]. Posição jurídica é [...] o termo que congrega em síntese todas as relações possíveis que cabem a um sujeito dentro da unidade normo-dispositiva impressa pela norma a cada situação jurídica”.<sup>17</sup>

#### Acrescenta Torquato Castro que

A norma jurídica *dispõe* sobre os problemas da vida, ajustando às situações de fato a situação de direito. A situação jurídica é a expressão última da disposição introduzida pela norma sobre os próprios elementos da situação de fato – sobre as pessoas e os interesses nela envolvidas. Ante a força dispositiva da norma, pessoas passam a ser vistas como *sujeitos*, e os interesses são especificadamente equacionados em *objetos*; sujeito e objeto são, na situação jurídica, os termos essenciais da operação que realiza a norma, os quais expressam posições dos sujeitos como formas normadas de participação dos homens, em sociedade, sobre os bens, atos humanos exteriores e coisas [...]. Os elementos constitutivos da situação jurídica definem-se como: a) *sujeito*; b) *objeto*; c) *posição de sujeito*. A posição deferida pela norma ao sujeito, em razão do objeto, faz surgir, na grande generalidade das situações, um novo elemento; d) *relação intersubjetiva*, ou relação que se estabelece entre sujeitos, determinada pela natureza do objeto [...]. As situações jurídicas deste tipo são aqui denominadas de *situações jurídicas relacionais*.<sup>18</sup>

Ao definir a posição dos sujeitos da relação jurídica em relação a um determinado bem, a norma jurídica lhes atribui

- a) *pretensões*: poder para pretender legitimamente de outrem um fazer ou não fazer;
- b) *faculdade* para adotar ou não determinado comportamento, segundo a sua vontade;
- c) *poder* para criar, modificar, transferir ou extinguir relações jurídicas a que se sujeita a outra parte; e

<sup>17</sup> CASTRO, *Teoria da situação jurídica em...*, p. 50 e 97.

<sup>18</sup> CASTRO, *Teoria da situação jurídica em...*, p. 66-68 e 77.

d) *imunidades*: não sujeição de uma parte à vontade da outra parte.

Neste sentido, assevera Giuseppe Lumia que:

a situação jurídica é a posição que todo sujeito ocupa no contexto da relação jurídica [...]. Isto permite distinguir situações jurídicas em dois tipos fundamentais: as que impõem obrigações e as que atribuem poderes. As primeiras chamam-se situações jurídicas passivas; as segundas, situações jurídicas ativas. Dado que ao poder de um corresponde o dever do outro, a relação jurídica surge como a correlação de duas situações jurídicas de sentidos opostos e de igual conteúdo.<sup>19</sup>

Para Giuseppe Lumia, quando uma norma de comportamento impõe uma obrigação a um sujeito em relação ao outro este assume a condição de titular de pretensão (“o que significa que pode pretender legitimamente do primeiro o adimplemento da sua obrigação”), de forma que “à pretensão de um sujeito (situação jurídica ativa) corresponde uma obrigação do outro sujeito (situação jurídica passiva)”, ao passo que, “se o sujeito A não pode pretender do sujeito B um determinado comportamento, significa que B tem a faculdade, segundo a sua vontade, de ter ou não aquele comportamento. À ausência de pretensão do sujeito A corresponde uma ausência de obrigação, ou seja, uma faculdade do sujeito B”, sendo por ele acrescentado que, “se a vontade de um sujeito é vinculante para outro sujeito, isto é, se o primeiro, com uma manifestação de vontade sua pode, por assim dizer ‘ditar a lei’, ou seja, criar, modificar, transferir ou extinguir relações jurídicas que se remetem ao segundo, diz-se que o segundo está sujeito a um poder do primeiro. O poder e a sujeição também têm entre si uma relação de correlação, no sentido de que ao poder de um sujeito (situação jurídica ativa) corresponde a sujeição do outro (situação jurídica passiva)”, e, ainda, que, “mediante a operação lógica de negação desse terceiro par, obtém-se um quarto [...]. Se o sujeito A não tem qualquer poder sobre o sujeito B no que diz respeito a uma determinada relação, quer dizer que B é imune ao dever de suportar a vontade de A. À ausência de poder do sujeito A corresponde uma imunidade do sujeito B”.<sup>20</sup>

Ainda segundo Giuseppe Lumia, as situações jurídicas podem dar vida a várias figuras, dentre elas o direito subjetivo, que se apresenta como

conjunto unitário (e unificador) de situações jurídicas elementares: isso indica um conjunto de faculdades, pretensões, poderes e imunidades [...] inerentes a um

<sup>19</sup> LUMIA, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 104-105.

<sup>20</sup> LUMIA, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 104-107.

determinado sujeito em relação a um determinado objeto [...]. O direito subjetivo se identifica com a totalidade das situações jurídicas elementares que o constituem.<sup>21</sup>

Sob o tema, aduz Elio Fazzalari que a norma jurídica valora condutas, qualificando-as de lícitas ou obrigatórias, e, distinguindo o sujeito a que se dirige, seguindo o modelo de conduta que descreve, define a posição do sujeito em relação a ela, ao passo que,

ligando o 'objeto' do comportamento descrito pela norma ao sujeito ao qual ela, com a própria valoração, assegura uma posição de proeminência (em relação àquele objeto, justamente), chega-se a uma outra posição fundamental, de segundo grau, o 'direito subjetivo'. Assim, a norma que concede ao sujeito uma faculdade, ou um poder, dá a ele de início uma posição de proeminência sobre o objeto da faculdade ou do poder: isto é, exatamente um 'direito subjetivo' (o poder pode ser indicado, e é indicado também como 'direito potestativo').<sup>22</sup>

Observe-se que Torquato Castro critica, com razão, a afirmação de que a norma jurídica cria para o sujeito que ocupa a posição ativa na relação jurídica uma situação de proeminência ou de vantagem, asseverando que

[...] não há predomínio ou vantagem de um sobre o outro, mas posições *diversas*, atribuídas a sujeitos diversos em razão da atividade que é própria de cada um, e a cada um *pertinente* em função de um título que o *legitima* ao exercício ativo e até mesmo coativo.

Não deve o jurista supor que *ativo* é só um dos sujeitos, no resguardo de sua posição de *ter*; eis que o outro sujeito não deve ser menos ativo no resguardo da sua própria, de *dever*. É sabido que o devedor (tanto quanto o credor) mantém-se na titularidade ativa de poderes jurídicos, exceções e ações próprias de sua posição, inclusive o poder jurídico de resguardar o *vinculum juris* que o prende ao credor, até contra a vontade deste; ou o de resguardá-lo contra os efeitos da mora, ou o de liberá-lo dele compulsoriamente, através da consignação do que lhe é exigível [...]. Há poderes ditos *ativos* de direito - como aqueles que exercemos em proveito de terceiro, em *manus* que sobre nós recai - de que nenhuma *vantagem* decorre, mas só encargos e trabalho sem rendimento nos propicia, e dos quais não nos podemos de modo algum liberar, dado que temos de exercê-lo por título jurídico que repousa em razão da solidariedade humana ou moral. Assim como há obrigações (em senso próprio) por cuja permanência e persistência regular em nossa própria esfera jurídica nós

<sup>21</sup> LUMIA, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 107-108.

<sup>22</sup> FAZZALARI, *Instituições de direito processual*, p. 71-84. Nesta linha de raciocínio, Elio Fazzalari afirma que o procedimento e o processo constituem uma sequência de normas, condutas ou atos valorados e posições subjetivas e que o 'procedimento' se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um 'ato final', e conclui que "Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos - de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos 'interessados' (aqueles que aspiram a emanação do ato final - 'interessados' em sentido estrito - e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os 'contra-interessados') estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o 'contraditório', faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* 'procedimento' é possível extrair a *species* 'processo'" (FAZZALARI, *Op. cit.*, p. 93-94).

porfiemos e lutamos, tendo em vista as 'vantagens' que de fato e de direito delas decorrentes para nós.<sup>23</sup>

É importante ressaltar que “faculdades e poderes não significam faculdades e poderes de um titular de direitos sobre atos de outras pessoas, mas são prerrogativas que derivam da própria norma e que qualificam o ato do próprio agente em relação à sua própria conduta”.<sup>24</sup>

## 2.2 Fatos e processo

Examinada a relação entre fatos e direito, cumpre mencionar, por ser importante, a relação entre fatos e processo judicial. Para tanto, cumpre mencionar que, como forma de garantir a efetividade dos direitos subjetivos que atribui, a ordem jurídica assegura ao seu titular o direito de recorrer à força do Estado, visando à sua tutela, no caso de não observância espontânea.

O Estado examina o pedido de tutela jurisdicional dos direitos por meio dos órgãos jurisdicionais, no exercício da jurisdição. Jurisdição é, nesta ordem de ideias, a atividade estatal voltada a fazer valer o direito assegurado pela ordem jurídica, quando não observado espontaneamente.

A atividade jurisdicional é exercida por meio do processo. Sob este prisma, o processo constitui instrumento voltado à realização concreta dos direitos subjetivos assegurados pela ordem jurídica.<sup>25</sup> Neste contexto, quem requer em juízo a confirmação ou negativa da existência de um direito deve informar ao juiz os fatos que fundamentem a sua pretensão.<sup>26</sup> Por esta razão, na fase processual destinada ao estabelecimento das pretensões

<sup>23</sup> CASTRO, *Teoria da situação jurídica em...*, p. 84-85.

<sup>24</sup> GONÇALVES, *Técnica processual e teoria do processo*, p. 95.

<sup>25</sup> Vale recordar o debate sobre a finalidade do processo. Sustenta uma vertente doutrinária, que a finalidade do processo é a tutela do direito objetivo. Outra vertente doutrinária, afirma que a finalidade do processo é a tutela do direito subjetivo. Adota-se, para os fins desta pesquisa, uma postura que combina estas duas concepções: o processo tutela o direito objetivo e o direito subjetivo, que é baseada no fato de que o direito objetivo se realiza na concretização do direito subjetivo que assegura, ao passo que tutelar o direito subjetivo é conferir efetividade à norma jurídica que o atribui, isto é, ao direito objetivo.

<sup>26</sup> Consoante dispõe o art. 189 do Código Civil: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão [...]”. Da violação do direito surge a pretensão, que é manifestada em juízo no exercício do direito de ação. Recorre-se aqui aos ensinamentos de José Marcos Rodrigues Vieira: “o pedido é o exercício da pretensão, ou, por outra parte, é a pretensão exercitada” (VIEIRA, *A singularidade...*, in: *Processo civil reformado*, p. 123).

das partes<sup>27</sup> (*fase postulatória*) do autor da demanda é exigido que indique os fatos que lhes servem de fundamento (art. 282, III, do CPC e art. 840, §1º, da CLT) e do réu ou demandado que exponha na contestação as razões de fato com que impugna o pedido do autor (art. 300 do CPC).<sup>28</sup> Trata-se do denominado “ônus da alegação ou da fundamentação”,<sup>29</sup> do qual decorre que às partes<sup>30</sup> do processo judicial cumpre alegar<sup>31</sup> os fatos nos quais baseiam as suas pretensões.<sup>32</sup>

Destarte, ao autor cumpre alegar a ocorrência do fato constitutivo do direito cuja existência pretende ver confirmada, enquanto ao réu cabe alegar a ocorrência de fato que impede a constituição do direito deduzido pelo autor, o extingue ou o modifica.

---

<sup>27</sup> Como aduz Piero Calamandrei, “a ação, como atividade dirigida a apresentar ao juiz uma proposta de providência, não é própria somente do autor: porque também o demandado, ainda que se limite a pedir a recusa da demanda contrária, vem, em substância, a solicitar do juiz que pronuncie uma sentença de declaração negativa de mera certeza, isto é, uma providência diversa da pedida pelo autor, e favorável, em lugar de a este, a ele como demandado” (CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, p. 239). Neste contexto, também o réu submete ao juiz uma pretensão, traduzida pelo pedido de declaração de inexistência do direito deduzido pelo autor, o que decorre da bilateralidade da ação.

<sup>28</sup> Por força do disposto no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, o direito processual civil constitui fonte subsidiária do direito processual do trabalho. Para evitar repetições, isto é, a afirmação de aplicabilidade de uma norma de processo do civil no processo do trabalho a cada momento em que àquela se fizer referência, somente será esclarecida esta aplicabilidade quando for necessário realçar alguma particularidade do processo do trabalho a ser respeitada na aplicação da norma importada do direito processual civil.

<sup>29</sup> Fundamentar é esclarecer a razão de algo.

<sup>30</sup> Parte é aquele que pede e aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional de um direito e que, nesta condição, sofrerão os efeitos da decisão a ser proferida, exceção feita, quando à sujeição aos efeitos da decisão às hipóteses de legitimação extraordinária.

<sup>31</sup> Por alegação, entende-se, com esteio na lição de Mauro Cappelletti, a afirmação “de fatos ou de situações de fato [...] que a parte aduz como fundamento da própria demanda ou da própria defesa” (CAPPELLETTI, *Iniciativas probatórias...*, in: *La oralidade de las...*, p. 112). Neste sentido, Jaime Guasp distingue os fatos *alegados* pelas partes (fatos “contidos em uma declaração de alguma delas com o propósito de deduzir determinadas consequências jurídicas, ou, ao menos, de que seja tido em conta pelo órgão jurisdicional”) dos fatos por elas apenas *declarados* (fatos “contidos em uma declaração das partes, mas sem tal *animus alegati*, isto é, sem o propósito consciente ou deliberado de obter para eles determinado tratamento processual”). (GUASP, *Juiz e hechos en el proceso civil...*, p. 303).

<sup>32</sup> Enrico Tullio Liebman afirma que o ônus consiste na “necessidade de realizar certa atividade, se quiser evitar certo efeito danoso ou obter determinado resultado útil” (LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 37). O descumprimento do ônus da alegação por parte do autor implicará declaração de inépcia da petição inicial, em relação ao pedido que carecer de fundamentação fática (art. 295, parágrafo único, I, do CPC), com a extinção do processo, em relação a ele, sem provimento de mérito (art. 267, I, do CPC) ou o exame do pedido levando em conta apenas o fato apontado como seu fundamento. De seu turno, o réu que apenas nega o fato apontado pelo autor como fundamento de seu pedido limita o âmbito da atuação do juiz, que julgará o pedido levando em conta somente o fato alegado pelo autor, ao passo que eventuais fatos impeditivos, extintivos ou modificativos não alegados pelo réu não poderão ser levados em conta na decisão pelo juiz. Recorde-se que, consoante prevê o art. 303 do CPC, depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando relativas a direito superveniente, competir ao juiz conhecer delas de ofício ou por expressa previsão legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo, ao passo que, conforme estabelece o art. 462 também do CPC, “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Contudo, a ocorrência do fato alegado por uma das partes pode ser negada pela parte contrária, o que faz surgir no processo uma questão de fato.<sup>33</sup>

Adota-se aqui o ensinamento de Francesco Carnelutti no sentido de que, “quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvida, e, portanto, tenha que ser verificada, converte-se em *questão*. A questão pode-se definir, pois, como um *ponto duvidoso*, de fato ou de direito”.<sup>34</sup>

A questão de fato surge com a dúvida sobre a ocorrência do fato alegado pela parte como fundamento da sua pretensão e deverá ser resolvida na decisão.<sup>35</sup> A solução das questões de fatos se dá por meio da prova, a ser colhida na fase de instrução processual.<sup>36</sup>

Na fase de instrução, dá-se a reconstrução dos fatos controversos (reconstrução da cena fática criada pelas alegações das partes), com o objetivo de solucionar o conflito de interesses submetido ao Poder Judiciário<sup>37</sup> e permitir a definição dos direitos e obrigações dos

---

<sup>33</sup> A questão de fato (dúvida sobre a existência de fato) pode surgir independentemente da postura adotada pelo réu. Com efeito, ainda que o réu seja revel, não serão reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor: a) se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; e b) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato. (art. 320, II e III, do CPC). Acrescente-se que a ausência de manifestação do réu sobre determinado fato não implicará presunção de sua veracidade: a) se não for admissível, a seu respeito, a confissão; b) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; e c) se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (art. 302 do CPC).

<sup>34</sup> CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 39. Para Francesco Carnelutti, a decisão do litígio é obtida por meio da solução de questões (*Op. cit.*, p. 39). Francesco Carnelutti afirma, ainda, que “as questões são as dúvidas que o juiz deve resolver” (CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal*, v. II, p. 163).

<sup>35</sup> De acordo com o art. 469 do CPC, não faz coisa julgada a *verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença*. Isto significa que o juiz deverá, na sentença, estabelecer quais fatos alegados pelas partes são por ele considerados verdadeiros. A afirmação da verdade dos fatos alegados constitui precedente necessário à definição dos direitos e obrigações das partes litigantes.

<sup>36</sup> A expressão *instrução* pode significar alegar e provar fatos (instrução em sentido amplo) ou apenas provar fatos (instrução em sentido restrito). A propósito, observa José Frederico Marques que “no complexo dos atos processuais, dá-se o nome de atos de instrução àqueles destinados a recolher os elementos necessários para a decisão da lide, subdividindo-se eles em atos de prova e alegações [...]. Há, assim, um conceito genérico de instrução, que abrange a prática de atos probatórios e as alegações das partes [...]. A instrução propriamente dita, ou a instrução em sentido estrito, é a instrução probatória, a instrução sobre os fatos da premissa menor do silogismo em que logicamente se estrutura a sentença. Existe, portanto, um conceito lato de instrução, compreendendo atos probatórios e alegações, e um conceito estrito, que é o de instrução probatória. Esta se define como conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio” (MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 353-354). Crisanto Mandrioli afirma que instruir a causa, no sentido amplo, “significa desenvolver todas as atividades que são necessárias para que a causa possa ser decidida, ou, em outros termos, colocar a *causa madura para a decisão*” (MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, v. II, p. 57-58). A instrução em sentido restrito ocorre desde a propositura da ação, diante da exigência de apresentação de documentos já com a petição inicial (art. 283 do CPC e art. 787 da CLT).

<sup>37</sup> Interesse, como é assinalado Por Vicente de paula Maciel Júnior, é “a manifestação de um sujeito em face de um bem” (MACIEL JÚNIOR, *Teoria das ações coletivas*:..., p. 152).

litigantes. A dúvida sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes é, portanto, resolvida com base em provas.<sup>38</sup>

Em suma, na fase de instrução, as partes deverão demonstrar a ocorrência dos fatos que trazem o direito deduzido à vida ou que impedem seu nascimento, o extinguem ou o modificam. Neste sentido, pode ser dito que as provas constituem verdadeiros instrumentos de luta pelo direito.<sup>39</sup>

Definidos, na sentença, quais dentre os fatos alegados são considerados verdadeiros, o juiz procederá à sua crítica à luz das regras e dos princípios que compõem a ordem jurídica, para definir os direitos e as obrigações das partes.<sup>40</sup>

Nesse contexto, pode ser dito que, por meio da prova, o direito subjetivo deixa a existência abstrata (atribuição pela norma jurídica) e passa à condição de realidade concreta. Em suma:

- a) a apresentação, em juízo, do pedido de reconhecimento da existência de um direito faz surgir o processo;
- b) o autor da demanda deve indicar os fatos que servem de fundamento à sua pretensão de confirmação do direito deduzido;
- c) em sua contestação, o réu apresenta sua própria pretensão, devendo, ao fazê-lo, apontar os fatos que a fundamentam;
- d) os fatos alegados pelas partes deverão ser provados se negados pela parte contrária ou assim o exigir a ordem jurídica;

---

<sup>38</sup> A propósito adverte Paolo Tonini que a dúvida sobre a veracidade de um fato não pode ser afastada com base em um ato de fé, mas “por meio do acertamento baseado em princípios racionais”, o que significa que: “1) deve estar fundamentado em provas; 2) deve ser objetivo; e 3) deve fundamentar-se em princípios da lógica. 1) ‘provar’ significa, substancialmente, induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico aconteceu de um determinado fato [...]; 2) o acertamento, para que seja ‘objetivo’, não deve fundamentar-se no conhecimento privado do juiz, mas em elementos externos, ou seja, nas provas [...]; 3) o acertamento deve ser lógico, ou seja, baseado em princípios racionais que regulam o conhecimento. A produção das provas deve permitir que o juiz valore a credibilidade daqueles que prestam declarações e a idoneidade dos elementos fornecidos. O resultado de uma prova deve ser confrontado com os resultados das outras provas. Se existe contradição, esta deve ser solucionada. Enfim, o juiz deve expor, na motivação, o percurso lógico realizado na reconstrução do fato histórico” (TONINI, *A prova no processo penal Italiano*, p. 49).

<sup>39</sup> A prova dos fatos alegados em juízo, enquanto instrumento de luta pelo direito, é também um instrumento de luta pela dignidade humana, quando se tratar de direitos humanos ou fundamentais.

<sup>40</sup> Princípio são as diretrizes fundamentais e estruturantes do ordenamento jurídico, impositivas de dever-ser nas relações sociais e orientadoras da criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas que, ao seu lado, compõem o ordenamento jurídico.

- e) ao final, ao juiz caberá estabelecer, com base na prova constante dos autos, a verdade dos fatos alegados pelas partes e, tomando como base os que forem considerados verdadeiros, decidir sobre a procedência ou improcedência dos pedidos das partes, à luz das regras e dos princípios que compõem o ordenamento jurídico.

Destarte, no processo os fatos são alegados, provados e valorados juridicamente. Com isso, avançando para um pouco além do que é afirmado por Jeremías Benthan, no sentido de que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar provas”,<sup>41</sup> afirma-se que a arte do processo consiste na alegação, na prova e na valoração jurídica de fatos.

Abre-se um parêntese para esclarecer que a definição do direito no caso concreto envolve o confronto entre fatos e normas jurídicas, operação que a doutrina clássica qualifica de “subsunção”.

Hugo Alsina aduz a respeito que:

A operação consistente em um enlace lógico de uma situação particular, específica e concreta, com a previsão abstrata, genérica e hipotética, contida na lei, denomina-se na doutrina moderna *subsunção*. Quando os processualistas italianos falam de aplicação do *direito ao fato*, querem significar o mesmo momento da operação lógica do juiz que os processualistas alemães chamam *subsunção do fato específico na norma*; as duas expressões diversas derivam do fato de que o fenômeno se contempla de dois pontos de vista diferentes; enquanto a expressão italiana indica o *fato* como termo imóvel ao qual a norma se sobrepõe e adapta por obra dos juízes, os alemães, acaso com maior exatidão e eficácia, indicam como termo imóvel a norma sobre a qual o fato concreto vem a ser abstraído e qualificado; de maneira que aplicação do direito ao fato e subsunção do fato na norma, são atividades recíprocas e concomitantes, que trata ambas de decidir se no fato específico concreto se verificaram todas as condições que a norma apresenta em hipótese, ou seja, se o fato específico designado abstratamente na norma se realizou inteiramente no caso concreto.<sup>42</sup>

A par da crítica que merece o modelo de subsunção por pressupor que as normas jurídicas sejam passíveis de uma só interpretação,<sup>43</sup> não se pode olvidar que o fato concreto não pode ser considerado sem a importância que lhe atribui a norma jurídica, ao passo que esta não pode ser aplicada sem considerar o alcance que lhe possibilita o fato concreto. A norma jurídica confere relevância ao fato, e este estabelece o âmbito de sua aplicação. Para a

<sup>41</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 4.

<sup>42</sup> ALSINA, *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*, v. IV, p. 62, nota n. 4/3.

<sup>43</sup> O que, inclusive, fecha as portas para a argumentação jurídica e o reconhecimento da força normativa dos princípios, aos quais é reservado o papel de simples meio de integração do direito.

solução do conflito submetido a julgamento faz-se necessário, então, um movimento circular: da norma jurídica ao fato, e deste àquela, retornando-se, posteriormente, daquela a este, até que se defina com precisão o fato concreto e sua consequência jurídica. Como adverte Paolo Tonini,

quando os iluministas propuseram a aplicação do instrumento do ‘silogismo judiciário’ ao direito [...], pretenderam descrever a atividade do juiz em termos puramente dedutivos. As premissas eram verdadeiras e a conclusão deveria igualmente ser verdadeira. Na verdade, *era verdadeira a norma da lei*, tanto que não era necessário interpretá-la. Era, da mesma forma, *verdadeiro o fato histórico apurado* no processo penal porque o juiz [...] era guiado pela razão humana, ou seja, pela única autoridade reconhecida [...]. Os estudos sucessivos posteriores demonstraram que as premissas estabelecidas pelos iluministas não eram completamente aceitáveis. Em primeiro lugar, os textos de lei utilizam frequentemente termos ‘elásticos’, que abrem margem à indeterminação e que devem ser interpretados [...]. Em segundo lugar, ao acertar o fato histórico, ou seja, ao aplicar o silogismo probatório, não é utilizada somente a dedução mas também a indução.<sup>44</sup>

Jerome Frank assevera que,

se você analisar uma norma jurídica, vai ver que é uma declaração condicional relativa a fatos. Tal regra parece indicar, na realidade, ‘se tal e tal fato existe, então ensejará esta ou aquela consequência legal’ [...] em outras palavras, uma regra jurídica determina que um tribunal (se corretamente solicitado) deve atribuir consequências jurídicas conhecíveis a certos fatos, se e quando tais fatos existirem. É isto que significa a declaração convencional, usada na descrição do processo decisório, de que os tribunais aplicam regras jurídicas aos fatos. Por questão de conveniência, vamos simbolizar uma regra jurídica pela letra R, os fatos pela letra F, e a decisão do tribunal com relação àquele processo pela letra D. Podemos então, grosso modo, esquematizar a teoria convencional de como os tribunais funcionam da seguinte forma:  $R \times F = D$ . Em outras palavras, em conformidade com a teoria convencional, uma decisão é um produto de um R e um F.<sup>45</sup>

Contudo, considerando a interdependência entre fato e norma jurídica é dito que:

- a) a norma (N) atribui consequência jurídica ao fato (F), o que exige que o fato (F) seja valorado à luz da norma (N); e
- b) como a norma incide sobre o fato (F), este define o âmbito de aplicação daquela.

Assim, entre norma e fato se estabelece uma recíproca determinação de significado, que tem como resultado a decisão do caso concreto (D). Esta operação pode ser assim representada:  $N(F) + F(N) = D$ .

<sup>44</sup> TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 71.

<sup>45</sup> FRANK, *Courts on trial myth and reality in american justice*, p. 14.

### 2.3 Prova e direito

O direito subjetivo, como é esclarecido por Piero Calamandrei, nasce em dois momentos distintos, “primeiro em abstrato, como lei, e depois em concreto, como sentença que aplica esta lei”.<sup>46</sup> Isso equivale a dizer que o direito nasce com o seu reconhecimento pela ordem jurídica (tutela jurídica do direito), mas quando for questionada em juízo a sua existência nasce com a sua confirmação pelos órgãos jurisdicionais (tutela jurisdicional do direito).<sup>47</sup>

Contudo, “o valor prático do direito subjetivo depende da prova, que confere certeza aos fatos dos quais deriva”.<sup>48</sup> Com isso, quem pretende ver confirmada em juízo a existência de um direito deve produzir a prova da ocorrência do fato de que ele decorre, o que permite afirmar que no processo é a prova do fato de que decorre o direito deduzido que permite confirmar a sua existência e, com isso, conferir-lhe vida, constituindo, portanto, a sua alma.<sup>49</sup> Ademais, permitindo confirmar a existência do direito subjetivo atribuída pela norma jurídica, a prova a esta confere efetividade.

Em suma, a prova permite, a um só tempo, realizar concretamente o direito subjetivo e conferir efetividade ao direito objetivo.

---

<sup>46</sup> CALAMANDREI, Piero. *Proceso y justicia. In: Studi sul processo civile*, p. 15.

<sup>47</sup> A tutela jurídica de um direito, isto é, o seu reconhecimento pela ordem jurídica, é o ponto de partida para a sua realização concreta, no caso de sua não observância espontânea.

<sup>48</sup> FREITAS, *Introdução ao processo civil*, p. 39.

<sup>49</sup> Como assinala Vicente de Paula Maciel Júnior, quando surge em juízo o conflito de interesses “o que temos são afirmações de interesses em face de um ou mais bens e perante o direito objetivo vigente naquele país. Não podemos ainda dizer que estamos diante do direito subjetivo. O direito subjetivo somente existe se há o reconhecimento [...] resultante de um processo judicial. Não existem direitos subjetivos prévios diante de um conflito de interesses” (MACIEL JÚNIOR, *Teoria das ações coletivas:...*, p. 41). No processo judicial, são resolvidos conflitos de *interesses* e não de *direitos*. A propósito, observa Francesco Carnelutti que “a pretensão, mais do que afirmação do direito, é afirmação da tutela que a ordem jurídica concede ou deve conceder a um determinado interesse” e que fazer valer um direito em juízo significa “exigir o prevalecimento de um interesse que se afirma como direito” (CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 33-34).

### 3 ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA

#### 3.1 Noções introdutórias

Examinada a relação entre fatos e direito, fatos e processo e prova e direito, passa-se ao estudo dos elementos que compõem a teoria geral da prova. Como primeiro passo no estudo de tais elementos, cumpre definir quais são eles.

Eduardo Couture considera problemas gerais da prova saber:

*que é a prova; o que se prova; quem prova; como se prova; que valor tem a prova. Em outros termos: o primeiro destes temas diz respeito ao problema do conceito da prova; o segundo, ao objeto da prova; o terceiro, ao ônus da prova; o último, à valoração da prova.*<sup>50</sup>

Santiago Sentis Melendo adota a relação definida por Eduardo Couture e a ela acrescenta três outros problemas: “*com que se prova; para quem se prova e com quais garantias se prova*”.<sup>51</sup>

À luz destas lições doutrinárias é que são definidos os elementos que compõem a teoria geral da prova: conceito jurídico, objeto, destinatários, ônus, iniciativa, finalidade, meios e valor da prova, além do procedimento probatório.

#### 3.2 Conceito jurídico de prova

##### 3.2.1 Dos vários sentidos do vocábulo *prova*

Vários são os sentidos atribuídos pela doutrina ao vocábulo *prova*.

Com efeito, o vocábulo *prova* é utilizado no sentido de:

<sup>50</sup> COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 216.

<sup>51</sup> MELENDO, *A prueba*, p. 10.

- a) instrumentos por meio dos quais são introduzidas no processo informações destinadas à demonstração da ocorrência dos fatos objeto de controvérsia (*prova como meio*);
- b) atividade desenvolvida pelo juiz e pelas partes voltada à demonstração da ocorrência dos fatos controversos (*prova como atividade*); e
- c) convencimento do juiz, formado a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, sobre a ocorrência dos fatos controversos (*prova como resultado*).

A propósito, observa Antonio Dellepiane que o vocábulo *prova*

usa-se, de ordinário, no sentido de *meio de prova*, isto é, significando os diferentes elementos de juízo produzidos pelas partes ou recolhidos pelo juiz, a fim de estabelecer no processo a existência de certos fatos (prova testemunhal, prova indiciária). A seguir, entende-se por prova a *ação de provar*, a ação de fazer a prova, e é neste sentido que se diz que ao autor incumbe a prova do que afirma [...], o que quer dizer que é ele quem deve fornecer os elementos de juízo ou produzir os meios indispensáveis para determinar a exatidão dos fatos que alega como fundamento da sua ação [...]. Finalmente, a palavra prova designa também o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no juiz por aqueles elementos de juízo, ou seja, a convicção, a certeza acerca da existência dos certos fatos sobre os quais recairá o seu pronunciamento.<sup>52</sup>

Também Jordi Ferrer Beltrán anota que o vocábulo *prova* é utilizado em três sentidos fundamentais, afirmando que:

Em primeiro lugar, é habitual o uso do termo ‘prova’ para fazer referência aos meios mediante os quais são aportados ou podem ser aportados elementos de juízo a favor de uma determinada conclusão [...]. No segundo dos sentidos fundamentais antes indicados, o termo ‘prova’ é utilizado para indicar a atividade consistente na apresentação de elementos de juízo a favor de uma determinada conclusão ou à fase do procedimento do processo judicial em que se realiza essa atividade [...]. Finalmente, o terceiro dos sentidos faz referência ao resultado produzido pela apresentação de elementos de juízo com relação à confirmação ou negação de uma determinada hipótese acerca dos fatos.<sup>53</sup>

Para demonstrar o caráter plurissignificativo do vocábulo *prova*, vale a pena registrar alguns conceitos atribuídos à prova pela doutrina.

<sup>52</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria da prova*, p. 21-22.

<sup>53</sup> BELTRÁN, *Prueba e verdad en el derecho*, p. 27-28.

Nicola Framarino del Malatesta assevera que prova é “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.<sup>54</sup> Carlos Martinez Silva afirma que “provas são os diversos meios pelos quais a inteligência chega ao descobrimento da verdade”.<sup>55</sup> C. J. A. Mittermayer observa que prova é “o complexo dos motivos produtores de certeza”.<sup>56</sup>

Segundo Luigi Paolo Comoglio:

na linguagem corrente, *prova* é tudo ‘quanto se faz para verificar, conhecer, demonstrar a veracidade de uma afirmação’. Segundo a terminologia técnico-jurídica [...], é fácil sintetizar no mesmo conceito ‘a demonstração da existência de um fato jurídico’. E então ‘provar’ significa, linearmente, ‘formar a convicção do juiz da existência ou não existência de fatos relevantes no processo’ [...]; de maneira que o termo *prova* designa ‘todos os meios de conhecimento que são empregados no processo com a finalidade de formular uma decisão em torno da veracidade ou falsidade da afirmação relativa a fatos relevantes da controvérsia’.<sup>57</sup>

Para Alberto dos Reis, prova é “o conjunto de operações ou atos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes”.<sup>58</sup> Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora afirmam que prova “é a atividade tendente a criar no espírito do juiz a convicção (certeza subjetiva) da realidade de um fato”.<sup>59</sup> Othmar Jauernig sustenta que “as partes e o tribunal ocupam-se a conseguir para o tribunal a convicção da veracidade ou falsidade das alegações de fato apresentadas. A atividade aqui desenvolvida chama-se **prova**”.<sup>60</sup> Cândido Rangel Dinamarco afirma que “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante os quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.<sup>61</sup>

Eugenio Florian observa que,

em sua acepção mais genérica e puramente lógica, *prova* quer dizer, a um só tempo, ‘todo meio que produz um conhecimento certo ou provável acerca de qualquer coisa’, e, em sentido mais amplo e fazendo abstração das fontes, significa o conjunto de motivos que nos subministram esse conhecimento. *A primeira é uma concepção subjetiva e a segunda é objetiva.*<sup>62</sup>

<sup>54</sup> MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 24.

<sup>55</sup> SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 21.

<sup>56</sup> MITTERMAYER, *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 104 e 188.

<sup>57</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 3.

<sup>58</sup> REIS, *Código de processo civil anotado*, v. III, p. 239.

<sup>59</sup> VARELA; BEZERRA; NORA, *Manual de direito processual civil*, p. 436.

<sup>60</sup> JAUERNIG, *Direito processual civil*, p. 263.

<sup>61</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 42.

<sup>62</sup> FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, p. 43.

Para Eugenio Florian, provar é “subministrar no processo o conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si ou se engendre em outros a convicção da existência ou verdade desse fato”.<sup>63</sup>

Enrico Tullio Liebman afirma que “prova é tudo aquilo que pode servir ao convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência de um fato, e neste sentido é sinônimo de *meio de prova*; mas prova é também o resultado que os meios de prova visam obter”.<sup>64</sup> Francisco Augusto das Neves Castro atribui à prova sentido lato (“o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”) e estrito (“a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo”).<sup>65</sup>

Moacyr Amaral Santos, depois de atribuir à prova sentido subjetivo (“crença na certeza dos fatos alegados em juízo” ou “convicção da verdade sobre os fatos alegados”) e objetivo (“meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção” ou “o meio – pessoa, coisa ou documento – por que a verdade chega ao espírito de quem a aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sobre os quais versa a ação”), aduz que estes dois sentidos integram e formatam a prova, vez que:

não pode o juiz, na apreciação dos fatos controvertidos, guiar-se, para nortear e fazer gerar a sua convicção a respeito deles, apenas pela sua consciência, suposições, impressões pessoais, ou usar processos ou medidas que correspondem a atentados a direitos legítimos e merecedores de amparo da própria justiça.<sup>66</sup>

Para Moacyr Amaral Santos, portanto, prova é a convicção da verdade, gerada por certos meios e com obediência “a determinados princípios, muitos deles previstos na lei, outros consagrados pela doutrina, quer quanto à sua disponibilidade, quer quanto à forma, quer quanto ao seu valor probante, constituindo o que se pode legitimamente chamar ‘direito probatório’”.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, p. 44.

<sup>64</sup> LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, p. 293.

<sup>65</sup> CASTRO, *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*, p. 32 e nota n. 3. Aduz João de Castro Mendes, também tratando do sentido do vocábulo *prova*, que a demonstração “pressupõe uma hipótese, que vai ou não se confirmar [...]. Essencialmente a prova não é descoberta, mas confirmação de uma hipótese previamente formulada. Aliás, mesmo em linguagem vulgar, *provar* não é descobrir, e sim confirmar algo já descoberto mas duvidoso” (MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p. 282).

<sup>66</sup> SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I, p. 17.

<sup>67</sup> SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I, p. 18. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora afirmam que direito probatório é o “conjunto das normas reguladoras das provas, ou seja, da demonstração da realidade dos fatos juridicamente relevantes” (VARELA; BEZERRA; NORA, *Manual de direito processual civil*, p. 443).

Moacyr Amaral Santos adota, portanto, conceito em que combina a concepção de prova como resultado e como meio.

Hernando Devis Echandía também combina sentidos do vocábulo *prova*, afirmando que uma noção integral da prova não pode desprezar a noção de prova como meio utilizado para levar o juiz ao conhecimento dos fatos, atividade que pode levar o juiz à certeza sobre os fatos e convicção gerada na mente do juiz sobre a veracidade dos fatos objeto de controvérsia, sustentando, a partir deste seu ponto de vista, que prova é o “conjunto dos motivos ou razões, que dos meios aportados se deduzem e que nos subministram o conhecimento dos fatos, para os fins do processo” e, ainda, que provar é “aportar ao processo, pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, os motivos ou as razões para levar ao juiz ao convencimento ou à certeza sobre os fatos”.<sup>68</sup>

A visão integral da prova exige que se combinem a estes três sentidos (prova como meio, como atividade e como resultado) ainda um quarto, qual seja, a finalidade da prova.

A produção da consequência que a norma jurídica atribui ao fato alegado pela parte como fundamento de sua pretensão tem como condição a demonstração da sua ocorrência, o que pode ser assim representado: ‘provado A’ (demonstrada a ocorrência ou veracidade do fato alegado pela parte e descrito abstratamente pela norma jurídica), ‘será B’ (confirmação da existência ou declaração da inexistência do direito objeto de controvérsia).

A demonstração da ocorrência ou veracidade do fato alegado como fundamento da pretensão manifestada em juízo se faz por meio da prova. Provar é, então, demonstrar a ocorrência ou veracidade do fato alegado pela parte como fundamento de sua pretensão. Prova é, assim, a demonstração da ocorrência ou veracidade do fato alegado em juízo como fundamento de uma pretensão.<sup>69</sup>

Não se pode olvidar, contudo, que a demonstração da ocorrência ou veracidade do fato alegado em juízo é realizada por determinados meios<sup>70</sup> e também que a prova tem como objetivo imediato formar a convicção do juiz sobre a ocorrência ou veracidade dos fatos

<sup>68</sup> ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, t. I, p. 20-22.

<sup>69</sup> É este o sentido atribuído à prova pelo art. 2.404 do Código Civil de Portugal: “Prova é demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo”. No mesmo compasso, afirma Manuel Galdino da Paixão Júnior que prova judiciária é “a demonstração, que em juízo se faz, ao órgão julgador da ocorrência ou da inexistência de um fato de interesse para o julgamento do caso” (PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria geral do processo*, p. 244).

<sup>70</sup> Prevê o art. 332 do Código de Processo Civil: “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”.

alegados pelas partes<sup>71</sup> e, mediato, a este fornecer razões suficientes para a afirmação ou a negativa de existência do direito objeto de controvérsia.

Assim, afirma-se que prova é a demonstração da ocorrência ou veracidade dos fatos alegados como fundamento de pretensão manifestada em juízo, que é realizada com os meios admitidos pela ordem jurídica e com o objetivo de convencer o juiz daquela ocorrência ou veracidade e de a ele fornecer elementos suficientes para confirmar ou negar a existência do direito objeto de controvérsia.<sup>72</sup> É este o sentido que abarca a noção de prova como

---

<sup>71</sup> Vittorio Denti assevera que “provar significa concorrer à formação do convencimento do juiz sobre os fatos da causa” (DENTI, *La giustizia civile*, p. 144).

<sup>72</sup> O juiz deve ser convencido da ocorrência dos fatos alegados pelas partes como fundamento das suas pretensões, para que possa, submetendo-os a crítica à luz das regras e princípios que compõem a ordem jurídica, definir os seus direitos e obrigações. Regras e princípios são espécies do gênero normas jurídicas. Princípios jurídicos são as diretrizes fundamentais do ordenamento jurídico, impositivas de dever-ser nas relações sociais e orientadoras da criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas que, ao seu lado, compõem o ordenamento jurídico. Humberto Ávila discorre trata da distinção entre regras e princípios e aponta como critérios usualmente empregados pela doutrina para fazê-la: critério do caráter *hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto [...]. Critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos* [...]. Critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribui dimensão de peso a cada um deles [...]. Critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamento axiológicos para a decisão a ser tomada” (*Teoria dos princípios*, p. 39.). Para Humberto Ávila, “as regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento*. Enquanto as regras são *normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são *normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisa para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. Com efeito, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido [...], em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas. Estado de coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O Estado de coisas transforma-se em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação [...] os princípios estabelecem uma espécie de *necessidade prática*: prescrevem um estado ideal de coisa que só será realizado se determinado comportamento for adotado. Já as regras podem ser definidas como *normas imediatamente finalísticas*, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido [...]. As regras são *normas-do-que fazer* [...]: seu conteúdo diz diretamente respeito a ações” (ÁVILA, *Op. cit.*, p. 71). Ainda conforme Humberto Ávila, “as regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto à justificação que exigem*. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária [...]. As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao *modo como contribuem para a decisão*. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminares parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão [...]. Já as regras consistem em *normas preliminarmente decisivas e abarcantes*, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões [...]. Os princípios possuem [...] *pretensão* de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada

atividade, como meio e como resultado e, ainda, a sua finalidade, atribuído à prova na presente pesquisa.<sup>73</sup>

### 3.2.2 Prova e verdade

O estudo da prova traz à luz o exame da sua relação com a verdade.

A existência da relação entre prova e verdade é assumida pelo Código de Processo Civil: o art. 282, VI, dispõe que o autor deverá indicar na petição inicial as provas com que pretende demonstrar a *verdade* dos fatos alegados; o art. 332 faz referência aos meios de que dispõem as partes para provar a *verdade* dos fatos alegados como fundamento de suas pretensões;<sup>74</sup> e o art. 334, IV, dispensa a prova do fato favorecido por presunção legal de *veracidade*.<sup>75</sup>

---

de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada da decisão. *Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade*. As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisões, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. *As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes*” (ÁVILA, Op. cit., p. 71-77). Vale mencionar que, enquanto a regra jurídica encerra em si mesma a sua função no ordenamento jurídico, os princípios jurídicos, além de sua função normativa, orientam a elaboração, a interpretação e a aplicação das regras jurídicas.

<sup>73</sup> Nem sempre a prova recai sobre fatos do passado. Observa Jordi Ferrer Beltrán: “Em algumas ocasiões, o juiz se encontra ante a necessidade de determinar a ocorrência de fatos presentes e até prever a de fatos futuros. Assim, por exemplo, em um processo por defeitos de construção, nada há de estranho em solicitar que se pratique um reconhecimento judicial ou inspeção ocular para que o juiz comprove a existência de infiltrações de água [...]. Pode ser acrescentada a possibilidade, nada excepcional, de que se deva determinar a ocorrência de um fato futuro, de forma que se vinculam consequências jurídicas, em realidade, à previsão da ocorrência de um fato em momento posterior [...]. Assim ocorre, por exemplo, nos processos em que se deve determinar a existência futura de lucro cessante que serve de fundamento a uma *petitio* de indenização de danos e prejuízos” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 32). Na presente pesquisa, se fala em prova como demonstração da *ocorrência* do fato alegado, ocorrência que pode ser e geralmente é pretérita, mas que também pode ser presente e até futura.

<sup>74</sup> O art. 332 do Código de Processo Civil alude à prova dos fatos em que se fundam a “ação” e a “defesa”. A prova deve recair, portanto, sobre os fatos que fundamentam as pretensões manifestadas por meio da ação e da defesa. Ação e defesa são os instrumentos por meio dos quais as partes manifestam as suas pretensões em relação a determinado bem.

<sup>75</sup> Ao estabelecer, no art. 129, que o juiz, convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, proferirá sentença que obste aos objetivos da partes, o CPC reforça a exigência de decisão conforma a verdade.

Sob a ótica do Código de Processo Civil, portanto, a prova tem por finalidade demonstrar a verdade dos fatos alegados pelas partes,<sup>76</sup> existindo, destarte, entre prova e verdade uma relação funcional.

A admissão de estreita relação entre prova e verdade é ainda mais evidente no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual a sentença proferida no julgamento de pedido de tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos *estricto sensu* fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, respectivamente, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de prova. Nesta hipótese, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.<sup>77</sup> Trata-se, assim, do reconhecimento, expresso, de que a decisão definitiva deve retratar a verdade dos fatos controversos.

Considerando ser a verdade a finalidade da prova, Lourival Vilela Viana aduz que “a descoberta da verdade é o escopo fundamental da prova”.<sup>78</sup> No mesmo sentido, afirma M. P. Fabreguettes que provar “é estabelecer a verdade de um fato que em uma instância é afirmado por uma parte e negado pela outra”.<sup>79</sup> Michele Taruffo aduz, em nome do que denomina “concepção legal-racional da justiça”, que “o contexto processual exige a busca da verdade dos fatos como condição de veracidade, validade e aceitabilidade da decisão que constitui o resultado final do processo”.<sup>80</sup>

A existência de relação entre prova e verdade é, no entanto, negada por boa parte da doutrina. Assevera Jordi Ferrer Beltrán que para desvinculá-las é afirmado que “a finalidade da prova é a fixação formal dos fatos por parte do juiz, independentemente de sua relação com o ocorrido”,<sup>81</sup> que “a prova é o conjunto das operações por meio das quais se procura obter o

<sup>76</sup> As disposições do Código de Processo Civil colocadas em destaque são aplicáveis no processo do trabalho, exceto quanto ao momento para a indicação, pelas partes, das provas a serem produzidas (art. 282, VI), que, nele, se dá, como regra, em audiência, depois de produzida a defesa.

<sup>77</sup> Prova nova é aquela não produzida no processo em que foi proferida a decisão declaratória de improcedência do pedido por insuficiência de prova.

<sup>78</sup> VIANA, *A liberdade de prova em matéria penal*, p. 43.

<sup>79</sup> FABREGUETTES, *A lógica judiciária e a arte de julgar*, p. 63.

<sup>80</sup> TARUFFO, *Conocimiento científico y...*, in: *Conocimiento, prueba...*, p. 11-12.

<sup>81</sup> BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 65. Adotando a primeira destas soluções, afirma Francesco Carnelutti que o sistema de limites impostos à prova tem séria influência sobre o seu resultado e impede seja ela considerada um meio para o conhecimento da verdade, o que o conduz à sua afirmação de que a prova tem por finalidade a fixação formal dos fatos (CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 25). Segundo Francesco Carnelutti, “basta um *limite mínimo* para a liberdade de busca do juiz, para que o processo de busca da realidade degenera em processo formal de fixação; em outros termos: a medida do limite é indiferente para a natureza do processo. A verdade é como a água: ou é pura ou não é verdade. Quando a busca da verdade material esta limitada de tal modo que está não pode ser conhecida em *todo caso e com qualquer meio*, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que não se trata de uma busca da verdade material, mas de um processo de fixação formal dos fatos” (*Op. cit.*, p. 25). Jordi Ferrer Beltrán afirma, comentando esta solução, que “não há diferença substancial entre esta tese e a que está subjacente à noção de verdade formal [...]. Tanto a vinculação

convencimento do juiz a respeito de fatos processuais determinados”<sup>82</sup> ou que “prova é ‘a atividade processual que tende a alcançar a certeza do julgador a respeito dos fatos alegados pelas partes’”.<sup>83</sup>

Note-se que estas três vertentes de pensamento partem da premissa de que a verdade não é alcançável no processo<sup>84</sup> e definem a finalidade da prova a partir do resultado ao qual ela pode conduzir: a prova não pode ser relacionada com a verdade, posto que esta não pode ser alcançada no processo judicial.<sup>85</sup>

É também afirmado no exame da relação entre prova e verdade que a prova tem por finalidade alcançar a verdade formal, jurídica ou processual. Admite-se, sob este prisma, a existência de relação funcional entre prova e verdade, mas com a adoção de uma noção de verdade própria para o processo judicial.

Esta última solução, que veio à luz, de acordo com Jordi Ferrer Beltrán, na Alemanha, no final do século XIX, tentou escapar do dilema relativo à verdade no processo mediante a postulação da distinção entre dois tipos de verdade: material e processual. A primeira também tem sido denominada mediante os qualificativos ‘objetiva’, ‘real’, etc. A

da prova jurídica à fixação formal dos fatos como a sua vinculação à noção de verdade formal supõem sua desvinculação da verdade *tout court*” (BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 65).

<sup>82</sup> BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 66. Sobre esta solução, observa Jordi Ferrer Beltrán que, “se sustenta que a finalidade da prova como atividade é alcançar a convicção do julgador acerca dos fatos, esta finalidade será atendida independentemente do sentido em que se produza aquela convicção, de se está ou não de acordo com os fatos realmente acontecidos e inclusive de se é ou não a conclusão que cabia obter à luz dos elementos probatórios presentes no processo. Por outra parte, se se concebe a noção de fato provado (isto é, a prova como resultado probatório) de forma equivalente, cabe dizer que um fato está provado quando o juiz se ache convencido de sua ocorrência. Neste caso, tampouco se deixa algum espaço para o erro: se o juiz alcança a convicção, o fato está provado. Em caso contrário, não o está. E isto depende unicamente do aspecto subjetivo psicológico do juiz [...]. Assim, se confunde a noção de prova com a atitude proposicional do juiz acerca dos enunciados que se declaram provados. E se vincula, ademais, a prova com a crença (a convicção), de modo que não se pode dar conta de um importante número de casos, nos quais por razões muitas diversas o juiz se vê obrigado a declarar fatos provados com independência (e até contra) de suas crenças acerca dos fatos do caso” (*Op. cit.*, p. 66-67).

<sup>83</sup> BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 67. Esta solução é criticada por Jordi Ferrer Beltrán, sob o argumento de que não está claro “quais são os limites entre a noção de convicção e a de certeza neste contexto. De qualquer forma, parece que também a noção de certeza possui um caráter eminentemente subjetivo, de modo que se apresentariam de novo os mesmos problemas assinalados para as concepções anteriores” (*Op. cit.*, p. 67-68).

<sup>84</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que “uma primeira e essencial dificuldade que se coloca ao juiz, na busca de um conhecimento verdadeiro a respeito dos fatos que serão levados em conta na decisão, é representada pela impossibilidade de observação direta dos mesmos [...]. O juiz encontra-se vinculado ao que tiver sido objeto de postulações alheias, que restringem a investigação àqueles fatos relevantes para a aplicação do direito [...]. Enquanto ao historiador é permitido um ilimitado alargamento da pesquisa, enquanto não tiver plenamente convencido sobre a real ocorrência dos eventos investigados, ou elaborar conclusões provisórias, sujeitas à revisão, ou mesmo dar-se por vencido, diante da inviabilidade de uma reconstrução segura, ao magistrado essas condutas estão vedadas, devendo sempre chegar a uma decisão, que com o trânsito em julgado se tornará imutável [...]. O magistrado tem sua atuação disciplinada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção e avaliação dos elementos probatórios; basta pensar na proibição de provas ilícitas, na vedação de que o juiz se utilize de seus conhecimentos privados, nas formalidades exigidas para a introdução das provas, na observância do contraditório, na exigência de que certos fatos sejam provados por determinados meios” (GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, p. 43-44).

<sup>85</sup> No fundo destas concepções está a crença de que não existe uma verdade objetiva, ponto de vista que Karl Popper denomina “relativismo epistemológico” (POPPER, *Conjecturas e refutações*, p. 19).

segunda, por sua parte, também tem recebido as denominações de ‘formal’, ‘judicial’, ‘forense’, etc. A verdade material é aquela que se acha fora do processo judicial [...]. A verdade (material) de um enunciado depende de sua correspondência com o mundo: da ocorrência dos fatos cuja existência se afirme ou da não-ocorrência dos fatos cuja existência se negue. Esta é, precisamente, a verdade que se crê inalcançável, ao menos em muitas ocasiões, no processo judicial. A verdade formal, ao contrário, é aquela que se obtém no processo como resultado da atividade probatória.<sup>86</sup>

Sob o prisma desta última vertente de pensamento, por uma questão prática – necessidade de solucionar o conflito de interesses submetido ao Poder Judiciário em um prazo razoável<sup>87</sup> –, o juiz é autorizado a julgar de acordo com a verdade formal, jurídica ou processual, isto é, com a verdade definida com base nos elementos de convicção existentes nos autos.<sup>88</sup>

Dir-se-á que esta solução – decisão conforme a verdade formal, jurídica ou processual – coincide com a ideia de fixação formal dos fatos, convencimento ou certeza do juiz. Contudo, a premissa aqui adotada é outra: a prova tem por finalidade a verdade material ou substancial, mas o juiz pode fundamentar a sua decisão na verdade formal. A finalidade da prova na solução proposta não é fixada considerando-se o resultado que ela pode produzir, sendo estabelecida segundo aquilo que, por meio dela, deve ser perseguido (verdade material ou substancial), sem olvidar, contudo, a possibilidade de não ser ela alcançada, hipótese em que o juiz proferirá decisão com base na verdade que resulta dos elementos de convicção existentes nos autos (verdade formal).

A distinção entre verdade material e verdade formal, no entanto, vem sendo alvo de crítica pela doutrina. Neste sentido, aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que falar

em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas numa não-verdade.

<sup>86</sup> BELTRÁN, *Prueba y verdad em el derecho*, p. 61-62.

<sup>87</sup> Não se trata de conferir prevalência ao fator tempo (tempo da justiça) no seu confronto com o resultado da atuação do juiz (solução justa do conflito), mas de combiná-los (a decisão deve ser rápida e justa).

<sup>88</sup> Trata-se da doutrina do *dualismo das funções processuais da verdade material e formal*, segundo a qual “Em qualquer processo, a verdade material é o fim ideal que se procura alcançar [...]. Em qualquer processo, a verdade formal é resultado prático que se atinge [...]. Quer dizer: a verdade material é a função ou fim da atividade probatória; a verdade formal é o resultado probatório” (MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p. 396-397). João de Castro Mendes esclarece que esta doutrina se contrapõe à do *paralelismo de funções jurídicas da verdade material e formal*, que sustenta que “a verdade material é o fim da atividade probatória em processo penal, a verdade formal é o fim da prova em processo civil” (*Op. cit.*, p. 394-395). Estas doutrinas têm por premissa a consideração da verdade como gênero, do qual são espécies a verdade material e a verdade formal.

Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial), mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita, e, não condizente com a verdade. A ideia de verdade formal é absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a freqüente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática.<sup>89</sup>

A crítica à noção de verdade formal não é unânime na doutrina. Michele Taruffo, por exemplo, sustenta que “no processo não se trata de estabelecer uma verdade absoluta, de nenhum gênero, mas somente verdades relativas”, sendo por ele acrescentado que

“a verdade processual é relativa essencialmente porque a decisão do juiz em torno dos fatos somente pode se fundar nas provas aportadas em juízo, as quais se apresentam como instrumentos não absolutos dos quais o juiz pode se servir para conhecer e então reconstruir de forma veraz os fatos da causa. Cabe aqui então a afirmação pela qual no processo se pode considerar como verdadeiro somente aquilo que foi provado e nos limites em que as provas permitem um apreciável suporte cognoscitivo aos enunciados de fato.”<sup>90</sup>

Feitos esses registros, vale chamar a atenção para o fato de que a definição da finalidade da prova tem estreita relação com a fixação da finalidade do próprio processo, aduzindo Luigi Paolo Comoglio que a resposta sobre a existência de relação entre prova e verdade:

É tendencialmente negativa, onde o processo seja entendido como mero método de solução de conflitos individuais. Se o fim último da justiça é a pacificação social, pouco importando os meios utilizados para consegui-la, com menor força se manifesta a exigência de uma reconstrução objetiva dos fatos controversos, na procura de uma verdade que não seja puramente ‘processual’ (ou ‘formal’). Ela será, ao contrário, firmemente positiva quando o fim do processo é identificado na justiça substancial da decisão judicial, impondo-se a procura e o acertamento da verdade ‘material’ de quaisquer fatos, em função de uma *justa* aplicação das normas jurídicas aos fatos controversos.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> MARINONI; ARENHART, *Prova*, p. 32-33. João de Castro Mendes afirma que “o conceito de verdade formal deveria ser banido da ciência jurídica. Com efeito, o termo tende insidiosamente a fazer admitir, desempenhando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, uma realidade que verdade não pode ser. E dizer que o processo civil tem como fim – coincidente com o resultado – a verdade formal, é afirmar, por outras palavras, que através de um certo número de meios e atividades reguladas na lei se tende para alcançar – e necessariamente se alcança – aquilo que se obtenha por esses meios e atividades. Trata-se de uma simples tautologia, um lapalicismo mascarado de afirmação científica, e que representa uma construção meramente verbal do fenômeno probatório” (MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p. 401-402).

<sup>90</sup> TARUFFO, *Conocimiento científico y...*, in: *Conocimiento, prueba...*, p. 17.

<sup>91</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 16-17.

Adota-se nesta tese o ponto de vista segundo o qual a finalidade da prova é a verdade material, tendo-se por verdade a correspondência entre o fato alegado e a realidade.<sup>92</sup>

É que:

- a) a verdade material não pode, como adverte Michele Taruffo, deixar de ser situada “entre os objetivos institucionais do processo, dado que sem esta hipótese é quase impossível explicar racionalmente em que consiste a justiça da decisão”;<sup>93</sup>
- b) a verdade material constitui pressuposto de uma decisão justa, ou seja, de decisão que confira às partes aquilo, e exatamente aquilo, que lhes atribui a ordem jurídica, nem mais (excesso), nem menos (insuficiência), observando-se que a justa decisão dos conflitos de interesse é um direito das partes e um anseio da sociedade;<sup>94</sup>
- c) a dificuldade de alcançar a verdade material não significa que ela não exista e não é suficiente para que as partes e o juiz deixem de assumi-la como parâmetro de atuação e finalidade do processo, posto que, como adverte Aristóteles, “julgar acertadamente é julgar segundo a verdade”;<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Karl R. Popper sustenta que “das três principais teorias da verdade, a mais antiga é a teoria da correspondência, a teoria de que verdade é a correspondência com os fatos, ou, para expô-lo mais precisamente, que uma asserção é verdadeira se (e apenas se) corresponde aos fatos, ou se descreve os fatos adequadamente [...]. A segunda teoria é a chamada teoria da coerência: uma asserção é considerada verdadeira se (e apenas se) é coerente com o restante do nosso conhecimento. A terceira teoria é a de que a verdade é a utilidade pragmática, ou o proveito pragmático”. É acrescentado que “não há dúvida de que a correspondência com os fatos é o que usualmente chamamos ‘verdade’; e de que, na linguagem comum, é à correspondência que chamamos ‘verdade’, e não à coerência ou à utilidade pragmática. Um juiz que adverte uma testemunha a falar a verdade e nada mais do que a verdade não adverte a testemunha a falar o que pense ser útil para si mesma ou para qualquer outra pessoa. O juiz adverte a testemunha a falar a verdade e nada mais do que a verdade, mas não diz: ‘tudo o que exigimos é que não se envolva em contradições; coisa que diria se acreditasse na teoria da coerência. Mas não é isto o que o juiz exige da testemunha. Em outras palavras, o sentido comum da ‘verdade’, como é usada nos tribunais de justiça, é sem dúvida a correspondência” (POPPER, *Conhecimento objetivo*, p. 283 e 291). Segundo Manuel Galdino da Paixão Júnior, “no contexto da instrução probatória, o vocábulo *verdade* significa a correspondência do fato descrito nos autos e o acontecimento efetivamente ocorrido” (PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria geral do processo*, p. 248). Neste contexto é que se adota a concepção de verdade como correspondência entre o fato alegado e a realidade.

<sup>93</sup> TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 168. Michele Taruffo sustenta que “o contexto processual exige a busca da verdade dos fatos como condições de veracidade, validez e aceitabilidade da decisão que constitui o resultado final do processo” (TARUFFO, *Conocimiento científico y...*, in: *Conocimiento, prueba...*, p. 33).

<sup>94</sup> A propósito observa Piero Calamandrei que “o escopo do processo não é somente a procura da verdade. O escopo do processo é algo mais amplo: é a justiça, da qual o acertamento da verdade é somente uma premissa” (CALAMANDREI, *Proceso e justicia*. In: *Studi sul processo civile*, p. 15).

<sup>95</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 123.

- d) a verdade material não será alcançada quando a ela as partes e o juiz renunciarem previamente e deles deixar de ser uma aspiração;
- e) é em favor da verdade que são assegurados às partes ampla liberdade em matéria de prova, bem como o direito ao julgamento da causa por um juiz imparcial, à ampla defesa, de participar, em contraditório e com igualdade de armas,<sup>96</sup> da construção do provimento jurisdicional para o caso concreto e ao duplo grau de jurisdição.
- f) a busca da verdade constitui uma exigência do direito à efetividade da jurisdição e do processo, sendo relevante, neste aspecto, a observação de José Marcos Rodrigues Vieira no sentido de que “a efetividade do processo está em que a relação jurídica processual opere o devido transporte, ao exame do julgador, da relação jurídico-material controvertida, em tanto quanto opere esse transporte [...]. A efetividade do direito depende do transporte devido da controvérsia ao julgador”.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> “A igualdade de armas implica obrigação de oferecer a cada parte a possibilidade de apresentar a sua causa, incluindo as suas provas, em condições que a não coloquem em situação de nítida desvantagem em relação ao seu adversário. Com a concretização deste princípio colocam-se as partes, no processo, em perfeita paridade de condições, desfrutando, portanto, de idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes seja devida, impedindo, quanto possível, que a desigualdade jurídica seja frustrada em consequência de uma grave desigualdade de facto [...]. As condições singulares dos indivíduos exigem tratamentos diversos, sob pena de se criarem ou potenciarem novas diferenças sociais: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exacta da diferença” (BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 135-136). A igualdade das partes no processo não pode significar mera igualdade jurídico-formal, traduzida pelo reconhecimento da igualdade de todos perante a lei. Cumprindo, ao contrário, que se reduza, ao mínimo possível, as desigualdades de facto entre os litigantes. Como adverte Francesco Carnelutti, “a eficácia do contraditório supõe o equilíbrio dos contraditores” (CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal*. v. II, p. 144). De acordo com o art. 10 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, todos têm direito, “em plena igualdade a que sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial”. As partes têm, portanto, o direito ao *processo equitativo*, que, segundo a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, conforme registrado por José Lebre de Freitas, “implica que a parte possa expor as suas razões ao tribunal em condições não menos favoráveis do que as da parte contrária” (LEBRE, José de Freitas. *Estudos sobre direito civil e processo civil*, v. I, p. 32). O direito ao processo equitativo tem como corolário fundamental a *igualdade de armas* entre as partes. Note-se que o art. 10 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* fala em “plena igualdade”, o que significa que não se trata de igualdade apenas formal, mas de igualdade concreta de armas. Na linha da lição de José Lebre de Freitas, para quem “igualdade de armas significa equilíbrio entre as partes na apresentação das respectivas teses, na perspectiva dos meios processuais de que para o efeito dispõem” (LEBRE, José de Freitas. *Op. cit.*, p. 32), é afirmado que a igualdade de armas é traduzida pelo real equilíbrio das partes no exercício de direitos e cumprimento de seus ônus processuais.

<sup>97</sup> VIEIRA, *Da ação civil*, p. 76, 77. José Marcos Rodrigues Vieira atribui à efetividade do processo a condição de matriz de todas as garantias constitucionais (*Op. cit.* p. 74).

Em suma, o processo é e deve ser orientado para a busca da verdade material,<sup>98</sup> não podendo ser olvidado, contudo, que verdade não constitui um fim em si mesmo, mas um meio para se chegar à decisão justa.<sup>99</sup>

Esclareça-se, com Mônica Sette Lopes, que

a busca da verdade na instrução do processo não se confunde, outrossim, com o afluir a uma verdade filosófica, ética, ou, por assim dizer, autônoma. Trata-se, a processual, de uma verdade limitada pelos meandros técnicos da atividade jurisdicional. Estes elementos, compreendidos em estrutura globalizante, se associam, a partir da configuração sistemática, no percurso definido e trilhado pelo juiz. O binômio verdade-falsidade, nestas lindes, se submete aos limites consignados na concessão de oportunidade para a produção de prova e na impugnação eficaz dos elementos inidôneos trazidos aos autos, aos quais, de outra parte, devem ser opostos os suportes de contraprova.<sup>100</sup>

Mas o que é a verdade no processo?

Para responder a esta indagação Piero Calamandrei recorre à ideia de verossimilhança, aduzindo que “o sistema probatório civil é preordenado não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz a se contentar, no julgamento sobre fatos, com o sucedâneo da verdade que é a verossimilhança [...], isto é, aparência (que pode ser também ilusão) de verdade”.<sup>101</sup> Para Piero Calamandrei, quando é dito por alguém que um fato é verdadeiro, o que se diz, em substância, é que foi alcançado o “grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento de qual o julgador dispõe, é suficiente a conferir-lhe a certeza subjetiva que tal fato ocorreu”.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> João de Castro Mendes classifica as doutrinas que enfrentam a questão da verdade no processo em *dogmática* – que defende a possibilidade de alcançar a verdade no processo –; e *probabilística* – que nega a possibilidade de alcançar a verdade e afirma que a convicção humana é uma convicção de probabilidade (MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p. 319, 321). É aqui adotada, considerando a classificação referida, uma postura dogmática.

<sup>99</sup> Quando se fala em decisão justa não se está referindo ao senso de justiça do juiz, traduzido na decisão, mas à justiça segundo critérios definidos pela ordem jurídica, posto que, como adverte Aroldo Plínio Gonçalves, “a medida da justiça da decisão será a mesma medida da justiça do direito material” (GONÇALVES, *Técnica processual e teoria do processo*, p. 196). No mesmo sentido, observa Francesco Carnelutti que “justiça é a conformidade com uma regra. Por conseguinte, a composição será justa quando for conforme à regra que no processo se tende a aplicar” (CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 372).

<sup>100</sup> LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*, p. 182. A ausência de distinção entre a verdade filosófica e processual conduz à afirmação de que sendo a verdade (filosófica) impossível de ser alcançada a prova e o processo não a podem ter por finalidade.

<sup>101</sup> CALAMANDREI, Verità e verosimiglianza..., in: *Studi sul processo civile*, p. 112-113.

<sup>102</sup> CALAMANDREI, Verità e verosimiglianza..., in: *Studi sul processo civile*, p. 112. Kazuo Watanabe anota que “a probabilidade e a verossimilhança têm graus” e alude à lição de Piero Calamandrei no sentido de que é difícil estabelecer de forma precisa a distinção entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade, de que “possível é o que pode ser verdadeiro, *verossímil* é o que tem aparência de ser verdadeiro e *provável* é o que se pode provar como verdadeiro”, de que a qualificação de um fato como *possível*, *verossímil* ou *provável* tem em conta o gradual reconhecimento do que seja verdadeiro e de que “quem diz que um fato é *verossímil*, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é *provável*, está

Michele Spinelli adverte que “a verdade legal, dizia Capograssi, não significa verdade ficta ou presumida por necessidade prática, sim que, em substância, é a verdade que se acha seguindo a via da objetividade. A verdade legal é a verdade humana, isto é, a verdade que os humanos acham procedendo humanamente à investigação, com as possibilidades, os métodos e os modos que são próprios da condição humana”.<sup>103</sup> O autor fornece, então, um novo dado na busca pela definição da prova suficiente para afirmar a verdade de um fato. A verdade perseguida no processo é aquela que pode ser alcançada pelo ser humano, com os métodos e os modos que são próprios da condição humana, isto é, a verdade possível ao ser humano. Do julgador, portanto, não pode ser exigido algo que está além das possibilidades humanas.

Alberto dos Reis afirma que prova suficiente é aquela que conduz a um juízo de certeza “bastante para as necessidades práticas da vida”.<sup>104</sup>

A partir destas lições doutrinárias pode ser afirmado que, no processo, o que se persegue é a verdade material, mas o ordenamento jurídico, atento às limitações próprias do ser humano e à necessidade de solucionar os conflitos de interesses submetidos ao Poder Judiciário, permite que o juiz profira decisão com base em um juízo de verossimilhança.

Embora estes já constituam parâmetros relevantes para a solução da questão proposta, eles não são suficientes para definir quando se pode afirmar em juízo a veracidade de um fato, em especial porque, como Piero Calamandrei, o máximo de aproximação possível da verdade “varia caso a caso, segundo os meios de prova de que o julgador pode se servir para chegar à decisão”.<sup>105</sup>

---

mais avançado do que quem diz que é *verossímil*, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que a aparência correspondente à realidade”, conclui, considerando que o direito brasileiro acolhe as expressões *verossimilhança* e *verossímil*, serem mais adequadas ao nosso ordenamento jurídico as terminologias utilizadas por Calamandrei (WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 147-148). Na presente tese também é conferida preferência à expressão verossimilhança. O juiz, neste contexto, julgará segundo o que aparenta, a partir da prova existente nos autos, ser verdadeiro (verossimilhança) e não segundo o que possui caráter de provável (probabilidade). Acrescente-se que para Kazuo Watanabe a cognição, por ele tida como “ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas”, pode ser considerada sob a ótica horizontal (amplitude, extensão), situação em que diz respeito às questões que podem ser objeto da atividade cognitiva (a cognição, sob este enfoque, pode ser plena ou limitada), e vertical (profundidade), hipótese em que poderá ser exauriente ou completa e sumária ou incompleta, e constitui uma “importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”, sendo por ele ressaltado que “deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à especificidade do caso concreto”. (WATANABE, *Op. cit.*, 67, 40, 86 e 148). Em suma, o grau de verossimilhança necessário ao proferimento de decisão não é definido de forma abstratas, mas à luz da decisão a ser proferida – definitiva ou provisória – à natureza do direito objeto deduzido, à espécie dos fatos controversos e à especificidade do caso concreto.

<sup>103</sup> SPINELLI, *Las pruebas caviles*, p. 33-34.

<sup>104</sup> REIS, *Código de processo civil anotado*, p. 246.

<sup>105</sup> CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza...*, in: *Studi sul processo civile*, p. 113.

Moacyr Amaral Santos afirma que, para chegar à convicção necessária à afirmação da veracidade de um fato, “o espírito deve ponderar detidamente todos os motivos mais de uma vez, estabelecendo juízo sucessivo, antes de proferir juízo definitivo”.<sup>106</sup>

Recordem-se, ainda, dos ensinamentos, de Nicola Framarino Dei Malatesta, para quem,

para obter convencimento seguro, devem ser considerados e apreciados de novo os motivos que produziram a certeza, a fim que esta, se não desaparecer, se confirme. Neste assentimento seguro e definitivo da vontade, que, iluminada pela razão, rechaça definitivamente as possibilidades contrárias, é que fazemos consistir o *convencimento racional* [...]. A certeza é a afirmação preliminar da verdade no sentido de que a noção ideológica se apresenta como verdadeira; o convencimento é a posterior afirmação de que possuímos certeza, de que entendemos que ela é legítima, e de que o espírito não admite dúvidas quanto a esta verdade [...]. O convencimento racional não é senão um juízo posterior que determina e aperfeiçoa o primeiro, que constitui a certeza, pois a certeza é a opinião da verdade, o convencimento, por sua vez, é a opinião da legitimidade da certeza.<sup>107</sup>

Acrescente-se, novamente com esteio em Piero Calamandrei, que a valoração das provas deve ser realizada com o auxílio das máximas de experiência. De acordo com Piero Calamandrei, o juízo de verossimilhança se baseia, “em concreto, sobre uma máxima de experiência que informa a frequência com que se produz na realidade fatos do tipo daquele alegado”.<sup>108</sup> Anote-se que a utilização das máximas de experiência como critério de valoração

<sup>106</sup> SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I, p. 15.

<sup>107</sup> MALATESTA, *Lógica de las pruebas em matéria criminal*, v. I, p. 51-52.

<sup>108</sup> CALAMANDREI, Verità e verosimiglianza..., in: *Studi sul processo civile*, p. 120. Friedrich Stein afirma que máximas de experiências são “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados de fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além destes casos, pretendem ter validade para outros” (STEIN, *El conocimiento privado del juez*, p. 27). Friedrich Stein aduz que sobre as máximas de experiência “é comum a ideia de que, sob determinadas condições, se repetem como consequência os mesmos fenômenos. É uma previsão (*Erwartung*) a que podem chegar pelo caminho da indução, isto é, na medida em que partimos da experiência de que, em uma série de casos, condição e consequência, sujeito e predicado do juízo lógico se encontram ligados de uma maneira determinada. Há que partir, pois, do que sucede na maioria dos fatos concretos, dos ‘casos comprovados’” (*Op. cit.*, p. 24) e inclui entre as funções das máximas de experiência a de servir de critério para a avaliação da prova, a de estabelecer conexão entre indícios e fatos desconhecidos (na presunção) e a de inverter o ônus da prova (*Op. cit.*, p. 41-45). Para Paolo Tonini, a máxima de experiência é “uma regra que expressa aquilo que acontece na maioria dos casos (*id quod plerumque accidit*), ou seja, é uma regra extraída de casos similares. A experiência pode permitir a formulação de um juízo de relação entre fatos: existe uma relação quando se conclui que uma determinada categoria de fatos vem acompanhada de uma categoria de fatos. Com base nesse princípio emerge o seguinte raciocínio: em casos similares há idêntico comportamento humano. Este raciocínio permite apurar um fato histórico quando não há *certeza* absoluta, mas uma grande probabilidade. A máxima de experiência é uma ‘regra’ e, portanto, não pertence ao mundo dos fatos; gera um juízo de probabilidade e não de certeza. Todavia, não existe outra possibilidade de acerto quando não é disponível uma válida prova representativa [...]. O juiz aplica o raciocínio de tipo indutivo quando examina casos similares e formula uma regra de experiência, vale dizer, a partir de casos particulares, extrai a existência de uma regra geral. Sucessivamente, o juiz aplica um raciocínio dedutivo, ou seja, aplica ao caso em exame a regra geral obtida anteriormente” (TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 55-66). Paolo Tonini acrescenta que “as máximas de experiência podem consistir também em conhecimentos técnicos que fazem parte da cultura do homem médio. Em tal caso, o juiz pode diretamente aplicar a um fato ‘acertado’ uma lei científica comumente conhecida” (*Op. cit.*, p.

da prova é expressamente autorizado pelo art. 335 do CPC (“Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”) e também pelo art. 852-D da CLT

O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Piero Calamandrei esclarece que, para julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, cumpre recorrer “a um critério de ordem geral já adquirido anteriormente mediante a observação de *quod plerumque accidit*: posto que a experiência ensina que fatos daquela mesma natureza ocorrem normalmente em circunstâncias similares àquelas que se encontram no caso concreto, se infere desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro; e vice-versa se conclui que é inverossímil, quando, mesmo podendo ser verdadeiro, se encontra em contraste com o critério sugerido pela normalidade”.<sup>109</sup> Com isso, o grau de verossimilhança, ou a menor ou maior aparência de verdade, irá variar segundo a menor ou maior sintonia entre a hipótese fornecida pela prova existente no processo e o que normalmente ocorre em situações similares. A máxima de experiência pode, assim, confirmar ou negar a hipótese fornecida pela prova existente no processo.

Nessa ordem de ideias, para formar o seu convencimento sobre a veracidade dos fatos controversos, o juiz deverá ponderar crítica e sucessivamente os elementos de convicção existentes nos autos e confrontar a sua hipótese sobre os fatos controversos com a solução apontada pelas máximas de experiência.<sup>110</sup>

De outro lado, não se pode perder de vista que, como assevera Nicola Framarino del Malatesta, o convencimento do juiz deve ser *natural*, isto é, “tal como surge da ação genuína das provas e não *artificial*, ou seja, produzido por razões estranhas à sua natureza intrínseca e própria”. Esclarece Nicola Framarino del Malatesta que o convencimento será natural quando formado a partir do contato direto do juiz com os meios de prova, quando

---

57). Segundo Othmar Jauernig, máximas de experiência são “deduções comuns extraídas, com base na experiência, de um conjunto de fatos análogos, seja da experiência geral da vida, seja do conhecimento técnico especializado” (JAUERNIG, *Direito processual civil*, p. 268).

<sup>109</sup> CALAMANDREI, Verità e verosimiglianza..., in: *Studi sul processo civile*, p. 117.

<sup>110</sup> O convencimento é um processo mental, por meio do qual o juiz reconstrói, de forma racional e lógica, a cena fática delineada pela prova.

estiver o juiz livre de prévia fixação legal do valor das provas e quando não resultar do temperamento, dos hábitos, das inclinações e dos preconceitos e prejuízos do juiz.<sup>111</sup>

Conclui Nicola Framarino del Malatesta que

o convencimento não deve estar fundado em apreciações subjetivas do juiz, mas deve ser tal, que se os fatos e provas submetidos a seu conhecimento forem apresentados ao juízo desinteressado de qualquer outro cidadão racional, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que produziram no juiz. Esse requisito, que creio muito importante, é o que eu chamo *caráter social do convencimento*.<sup>112</sup>

João de Castro Mendes aduz que o grau de convicção necessário para falar em prova “é aquele que for necessário para justificar a decisão que nela se baseia [...]. Domina aqui a ideia de *justificabilidade*”.<sup>113</sup>

Registre-se, ainda, que, conforme prevê o Código General del Proceso do Uruguai, no art. 140, “as provas serão apreciadas tomando em conta cada uma das produzidas e em seu conjunto [...]”.

Consideradas estas premissas, conclui-se que um fato pode ser afirmado verdadeiro quando os elementos de convicção existente no processo, depois de valorados individual e conjuntamente, e submetidos à crítica sucessiva iluminada pelas máximas de experiência, forem suficientes para justificar a conclusão neste sentido não apenas para o juiz (*convencimento subjetivo*), como também para qualquer pessoa razoável (*sociabilidade do convencimento ou justificabilidade*).

Prova suficiente, neste contexto, é aquela que justifica a eleição de uma entre as hipóteses possíveis em torno da veracidade de determinado fato.<sup>114</sup> Não se trata de suficiência fundamentada na mera soma dos elementos de convicção existentes no processo (*abordagem quantitativa da prova*), mas na qualidade de tais elementos (*abordagem qualitativa da prova*).

<sup>111</sup> MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, v. I, p. 53-55.

<sup>112</sup> MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, v. I, p. 55-56. Para Nicola Framarino del Malatesta, “nesta condição social, que é uma espécie de objetivação da certeza, radica a melhor determinação do convencimento judicial, determinação que a impede de converter-se, de modo mais ou menos hipócrita, em arbitrariedade do juiz [...]. A garantia concreta e prática da condição social está no controle que a sociedade pode exercer sobre o conceito do juiz, reprovando-o como oposto ou aprovando-o como conforme com o seu próprio [...]. A *motivação* da decisão é o meio prático que torna possível o controle da sociedade mediante exame posterior ao que fez o juiz” (*Op. cit.*, p 56-58).

<sup>113</sup> MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p. 325.

<sup>114</sup> Dá-se no processo um confronto de hipóteses sobre a realidade, de forma que, como é assinalado por Michele Taruffo, “o problema do juízo de fato pode e deve ser formulado como o problema de eleição de uma hipótese entre as diversas alternativas possíveis” (TARUFFO, *Conocimiento científico y...*, in: *Conocimiento, prueba...*, p. 21). Os elementos de convicção existentes nos autos devem permitir o estabelecimento de uma hipótese consistente sobre a realidade fática.

Também não se trata de suficiência do ponto de vista exclusivo do juiz: um fato poderá ser considerado verdadeiro quando existirem razões suficientes para crer que a maioria das pessoas adotaria em relação a ele esta mesma conclusão (*razões transubjetivas*).<sup>115</sup>

Nota-se, a partir do que foi dito, que a suficiência da prova não é definida abstratamente, mas à luz do caso concreto e dos elementos de convicção existentes nos autos.<sup>116</sup>

É importante mencionar, contudo, a advertência de Michele Taruffo no sentido de que “a verdade é por definição aquilo que se consegue com o uso correto do ‘melhor’ instrumento processual”.<sup>117</sup>

Esta última exigência – instrumental processual adequado à busca da verdade – não pode ser desprezada, vez que traz à luz a concepção do devido processo legal como meio adequado para alcançar a verdade no processo. O modo de implementar juridicamente mecanismos que facilitem a apuração da verdade é o princípio contraditório, que permite controle probatório de quatro tipos:

- 1) um controle sobre a correta aplicação das regras epistemológicas e jurídicas sobre a admissão da prova (i. e., o princípio da admissão de toda prova relevante e as exceções estabelecidas por regras de exclusão jurídica);
- 2) a produção da prova de forma contraditória, isto é, permitindo a intervenção das partes na mesma;
- 3) a possibilidade de propor provas contrárias às oferecidas pela outra parte processual, de modo que permita vencê-las e/ou corroborar uma hipótese fática distinta e incompatível;
- 4) a possibilidade de propor provas de segunda ordem (ou prova sobre prova) que impugnem a confiabilidade de provas oferecidas pela outra parte.<sup>118</sup>

Em suma, quanto maior a liberdade das partes na produção e na crítica da prova produzida, maior será a possibilidade de se alcançar a verdade. Destarte, o juiz deve adotar como padrão de procedimento em relação à prova o constante, respeitoso e sério diálogo com as partes, em especial porque quanto mais pontos de vista sobre uma mesma questão for capaz de recolher, maior a possibilidade de alcançar a verdade ou dela se aproximar. Por outro lado, quanto mais aberto à crítica e quanto mais assumir atitude crítica em relação às suas primeiras

<sup>115</sup> Raymond Boudon denomina *razões transubjetivas* as “razões que têm a capacidade de ser endossadas por um conjunto de pessoas” (BOUDON, *O justo e o verdadeiro*:..., p. 51).

<sup>116</sup> O resultado da valoração da prova, como ensina Jordi Ferrer Beltrán. “é sempre contextual, isto é, referida a um determinado conjunto de elementos de juízo” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 45).

<sup>117</sup> TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, p. 42-43.

<sup>118</sup> BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 86-88.

impressões sobre a realidade dos fatos (conjecturas ou hipóteses fáticas)<sup>119</sup>, mais o juiz estará capacitado para alcançar a verdade.<sup>120</sup>

Cumprir fazer uma referência, ainda que breve, aos denominados “módulos da prova” ou “*standards* de prova”, que fornecem critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira uma determinada hipótese fática.

Para Marina Gascón Abellán, sob a perspectiva epistemológica, a racionalidade exige um grau de probabilidade mínima, que constitui, fora do âmbito penal, a *probabilidade prevalente*, segundo a qual “uma hipótese sobre um fato resultará aceitável ou provada quando seja mais provável do que qualquer outra das hipóteses alternativas sobre o mesmo fato manejadas ou conseguidas no processo e sempre que dita hipótese resulte ‘mais provável que não’, vale dizer, mais provável que sua correlativa hipótese negativa”.<sup>121</sup> Aduz Marina Gascón Abellán, ainda, que a construção de um módulo da prova depende não apenas de questões de racionalidade, como também de uma opção político-valorativa, “sobre a intensidade com que devem ser garantidos os direitos ou interesses afetados pelos erros possíveis”. Segundo Marina Gascón Abellán, existem em uma decisão probatória dois erros possíveis: “aceitar como verdadeiro (ou dar por provado) o que é falso” e “não aceitar como verdadeiro (ou dar por não provado) o que é verdadeiro”. Conclui que, “dependendo da importância que se conceda aos direitos ou interesses afetados por cada tipo de erro, o *standard* será mais ou menos tolerante com esse tipo de erro, e em consequência mais ou menos exigente” e que

um *standard* específico se constrói decidindo qual dos erros possíveis se considera preferível ou mais assumível (o de aceitar como verdadeiro o que é falso ou o de não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro) e em que grau estamos dispostos a assumi-lo. E esta é, em última instância, uma eleição política ou valorativa.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Karl Popper aduz que “a atitude crítica, a atitude da livre discussão das teorias, que tem por finalidade descobrir os seus pontos fracos no sentido de as aperfeiçoar, é a atitude da razoabilidade, da racionalidade” (POPPER, *Conjecturas e refutações*, p. 78). O juiz deve submeter a rigorosa crítica a hipótese ou conjuntura estabelecida a partir da primeira valoração da prova, para verificar se ela é, ou não, confirmada. Como adverte Francesco Carnelutti: “ai do juiz que não duvida!” (CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal*, v. II, p. 143).

<sup>120</sup> Karl Popper afirma que “a procura da verossimilhança é um alvo mais nítido e realista do que a procura da verdade”, mas, “embora possamos nunca ter argumentos suficientemente bons, nas ciências empíricas, para alegar que alcançamos de fato a verdade, podemos ter argumentos fortes e razoavelmente bons para alegar que é possível termos feito progresso no rumo da verdade” (POPPER, *Conhecimento objetivo*, p. 63). Neste sentido, o juiz que confere às partes a maior liberdade possível na produção da prova e na crítica da prova produzida e realiza, ele próprio, a crítica de suas conjecturas pode não alcançar a verdade, mas terá argumentos fortes e razoáveis para afirmar que fez progressos na sua direção.

<sup>121</sup> ABELLÁN, Sobre la posibilidad de..., in: *Proceso, prueba y estándar*, p. 19.

<sup>122</sup> ABELLÁN, Sobre la posibilidad de..., in: *Proceso, prueba y estándar*, p. 19-21.

No processo civil e no processo do trabalho, é adotado, como regra, o módulo da *prova prevalente* (deve ser considerado verdadeiro o fato quando a decisão neste sentido contar com maior número de elementos de convicção), sendo próprio do processo penal o módulo da *prova acima da dúvida razoável*, em razão da presunção de inocência estabelecida pelo art. 5º, LVII, da Constituição da República, o que significa que, para considerar um fato como verdadeiro a prova existente nos autos deve excluir qualquer possibilidade de conclusão diversa. O meio termo entre os módulos da *prova prevalente* e *prova acima da dúvida razoável* é ocupado pelo módulo da *prova clara e convincente*, segundo o qual, para afirmar a veracidade de um fato, exige-se um grau de probabilidade superior àquele fundado na preponderância das provas, mas inferior ao fundado na prova acima da dúvida razoável. É este módulo intermediário adotado no processo civil, como assinala Danilo Knijnik, nas demandas “cujos valores transcendem à dimensão meramente patrimonial”, como se dá, segundo ele, nos casos “em que há alegação de fraude – da qual possa redundar reflexos penais – ou cujos interesses sejam de tal envergadura para as partes (destituição de pátrio poder, anulação de testamento), ou, ainda, que tenham até um certo caráter penal (v.g., improbidade administrativa)”.<sup>123</sup> Este módulo intermediário é também adotado no processo do trabalho em situações em que a decisão terá efeitos que não são apenas patrimoniais, como se dá, por exemplo, com a imputação ao trabalhador de prática de ato que autoriza a sua dispensa por justa causa. Advirta-se que a adoção de um módulo de constatação não dispensa o uso das máximas de experiência, vez que estas podem guiar o juiz na definição da hipótese que conta com o maior número de elementos de confirmação em seu favor.

### 3.3 Objeto da prova

#### 3.3.1 Prova de fatos e prova de alegações

Existem na doutrina duas vertentes de pensamento a respeito do objeto da prova:

- a) objeto da prova compreendendo os fatos alegados pelas partes;

---

<sup>123</sup> KNIJNIK, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, p. 38.

b) objeto da prova compreendendo as alegações sobre fatos.

Como adeptos da primeira corrente doutrinária, podem ser citados Vincenzo Manzini (“objeto da prova são todos os fatos, principais ou secundários, que interessam a uma providência do juiz e exigem uma comprovação”<sup>124</sup>), Georges Ripert e Jean Boudanger (“a prova judicial recai sobre os fatos materiais ou sobre os atos jurídicos”<sup>125</sup>), Hernando Devis Echandía (“objeto de prova judicial, em geral, pode ser tudo aquilo que pode ser suscetível de demonstração histórica (como algo que existiu, existe ou pode chegar a existir) e não simplesmente lógico (como seria a demonstração de um silogismo ou de um princípio filosófico); é dizer, que o objeto da prova judicial são os fatos presentes, passados ou futuros, e o que pode assimilar-se a estes (costumes e lei estrangeira”<sup>126</sup>), Moacyr Amaral Santos (“pela prova, procura-se averiguar a verdade dos fatos alegados pelos litigantes. A decisão, ou julgamento, assenta-se na prova dos fatos, na apuração dos fatos. Ressalta, desde logo, sem necessidade de maiores esclarecimentos, que o objeto da prova são os fatos sobre os quais versa a ação e que devem ser verificados”<sup>127</sup>) e Giuseppe Chiovenda (objeto da prova “são os fatos não admitidos e não notórios”<sup>128</sup>).

Adotando a segunda vertente doutrinária, afirma Santiago Sentis Melendo que

os fatos não se provam; os fatos *existem*. O que se prova são *afirmações*, que poderão referir-se a fatos. A parte [...] formula afirmações; não leva ao juiz suas dúvidas, senão a segurança – real ou fictícia – sobre o que sabe; não pede o juiz que averigüe, mas lhe diz o que averiguou; para que o juiz constate, comprove, *verifique* (esta é a expressão exata) se estas afirmações coincidem com a realidade [...]. Devem ser provadas afirmações, isto é, [...] deve ser *verificada* a realidade das afirmações realizadas; e, naturalmente, estas afirmações devem ter um conteúdo, um objeto, uma matéria. As afirmações, normalmente, geralmente, se referem a fatos, daí vem a confusão que faz dizer que se provam fatos [...]. A prova é verificação e a verificação há que se referir a afirmações.<sup>129</sup>

Também professando o segundo entendimento citado, Francesco Carnelutti observa que “a prova da afirmação acerca da existência de um fato se faz mediante o *conhecimento* do fato mesmo; o conhecimento não é a prova, mas *dá* a prova da afirmação. Neste sentido, justo é reconhecer que objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações, as

<sup>124</sup> MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, p. 203.

<sup>125</sup> RIPERT; BOUDANGER, *Tratado de derecho civil*, t. I, p. 501.

<sup>126</sup> ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, t. I, p. 75.

<sup>127</sup> SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I, p. 16.

<sup>128</sup> CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 299.

<sup>129</sup> MELENDO, *La prueba*, p. 13-14.

quais não se conhecem, mas se comprovam, enquanto aqueles não se comprovam, mas se conhecem”.<sup>130</sup> Consoante Francesco Carnelutti, a afirmação de que os fatos é que constituem objeto da prova resulta da confusão entre resultado e procedimento ou atividade que produz o resultado, em virtude da qual “prova não é mais a comprovação da verdade de uma afirmação mediante o conhecimento do fato afirmado, mas este mesmo conhecimento quando se obtém para a comprovação da afirmação”.<sup>131</sup>

João de Castro Mendes professa o mesmo entendimento, afirmando que o objeto da prova

não é a realidade, mas uma representação intelectual apresentada como correspondendo-lhe: atomisticamente, uma *afirmação*; globalmente, uma *versão*. Quando se fala que se provam *fatos*, está-se consciente ou inconscientemente a empregar a palavra *fato* para designar a afirmação que sobre ele recai. Fato e afirmação (do fato) são termos sinônimos ou equivalentes na linguagem jurídica, legal ou doutrinária.<sup>132</sup>

No mesmo compasso, Antonio Carratta aduz que,

em realidade, objeto da prova judiciária não são diretamente os fatos ocorridos no passado, e isto pela simples razão de que não se pode provar a veracidade/falsidade dos fatos [...]. Objeto da prova são as afirmações [...]. Toda vez que utilizadas expressões como ‘verdade do fato no processo’, ou ‘prova da veracidade de um fato’, estas expressões são de se considerar corretas somente como abreviatura da mais ampla forma ‘prova no processo da veracidade da afirmação de existência de um fato’.<sup>133</sup>

Cândido Rangel Dinamarco sustenta que

objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmos. Sabido que o vocábulo prova vem do latim *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro, seque-se que provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentirosos. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 40.

<sup>131</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 40.

<sup>132</sup> MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p. 531.

<sup>133</sup> CARRATTA, *Funzione dimostrativa...*, in: *Rivista di Diritto Processuale*, 73.

<sup>134</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 56.

João de Castro Mendes dá notícia de um terceiro entendimento, esclarecendo que para Andrioli

conceber o objeto da prova como fato ou como afirmação não representa mais que uma ‘duplicidade de pontos de vista’ sobre uma e mesma realidade (e não sobre ‘duas coisas entre si distintas’). Se nos colocarmos do ponto de vista das partes, ‘as quais deduzem em juízo afirmações (ou melhor, valorações de circunstâncias) e não fatos’, então será a afirmação o objeto da prova. Se, pelo contrário, se considerada esta ‘do ponto de vista do juiz, que procura fixar os pressupostos da decisão, não são as afirmações, mas os fatos que são objeto da prova.’<sup>135</sup>

A definição do objeto da prova envolve o próprio conceito de prova. Para aqueles que atribuem à prova o sentido de demonstração, provar é demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato. Quem atribui à prova o sentido de verificação, considera ser objeto da prova a alegação sobre fatos, isto é, a hipótese ou versão da realidade fática estabelecida pelas alegações da parte.<sup>136</sup>

A norma jurídica relaciona os fatos que descreve as determinadas consequências jurídicas. São fatos que fazem surgir o direito, assim como são fatos que impedem o surgimento do direito, o modificam ou o extinguem. Estes fatos é que deverão ser objeto da prova. Neste contexto, sendo afirmada em juízo a ocorrência dos fatos descritos na norma e requerida a produção da consequência jurídica nela estabelecida, o que se deve demonstrar é a ocorrência dos fatos alegados.

Ademais, a conclusão no sentido de que uma alegação é verdadeira tem por pressuposto necessário a prévia demonstração da ocorrência do fato alegado. Dito de outra forma, o confronto entre a afirmação e a realidade, para verificar a veracidade daquela, somente é possível com a prévia demonstração da ocorrência, ou não, do fato afirmado. O fato terá que ser provado para que a alegação de sua ocorrência seja aceita como verdadeira. Note-se, nesse sentido, que as testemunhas são inquiridas sobre a ocorrência de fatos, o mesmo ocorrendo com as partes quando prestam depoimento pessoal. Isto significa que a prova sempre girará em torno da demonstração da ocorrência, ou não, de fatos.

É dito em favor da afirmação de que objeto da prova são alegações que os fatos existem ou não independentemente do processo e da prova nele produzida. Observe-se,

<sup>135</sup> MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p. 530.

<sup>136</sup> Francesco Carnelutti afirma que “é o juízo que se submete à prova”, esclarecendo que a narrativa de um fato contém um juízo sobre ele, e conclui que a prova constitui a “verificação de um juízo através de outro juízo” (CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal*, v. II, p. 165-166). Daí porque nessa linha de raciocínio prova é a verificação da veracidade de um juízo manifestado sobre um fato, isto é, a verificação da veracidade de uma afirmação sobre fato.

contudo, que no processo e para efeitos processuais o que se persegue por meio da prova é a reconstrução da realidade. O juiz deve julgar com esteio na realidade que resulta da prova e é neste sentido que se fala em veracidade ou não de um fato: o fato será verdadeiro ou não segundo a prova permita afirmar que ele ocorreu ou não. É também neste sentido que se fala em veracidade de uma alegação: uma alegação será considerada verdadeira ou falsa quando a prova confirmar a ocorrência, ou não, do fato alegado.

É interessante notar que os doutrinadores que sustentam que objeto da prova são alegações acabam admitindo, quando tratam de outras questões ligadas à prova, que esta tem por objeto os fatos. Tome-se como exemplo Francesco Carnelutti, que, apesar de afirmar que a prova tem por objeto afirmações, sustenta, ao tratar da prova direta e indireta, que “a prova é tanto mais segura quanto mais próximo dos sentidos do juiz se encontre *o fato a provar*”.<sup>137</sup> Cite-se, ainda, Cândido Rangel Dinamarco, que, apesar de asseverar serem as afirmações sobre fatos objeto da prova, também sustenta que

ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos do seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo [...]. Como fato não provado equivale a fato não alegado, para o processo fato não alegado é fato irrelevante e portanto não poderá se fundamento da decisão nem será objeto de prova.<sup>138</sup>

Em conclusão, compreende-se por objeto da prova os fatos alegados em juízo pelas partes.

Registre-se que o Código de Processo Civil define os fatos como objeto da prova quando dispõe, por exemplo, que o autor deverá indicar na petição inicial as provas com que pretende demonstrar a verdade dos *fatos* alegados e que não dependem de prova os *fatos* notórios (arts. 282, VI, e 334, I). Também a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola elege os fatos como sendo o objeto da prova, quando prevê, no art. 281, 1: “A prova terá como objeto os fatos que guardem relação com a tutela jurisdicional que se pretenda obter no processo”. Esta mesma postura é adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro. Com efeito, tratando da prova ilícita, prevê o §2º do art. 155 do Código de Processo Penal: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprias da investigação criminal, seria capaz de conduzir ao **fato objeto da prova**” (destacamos).

<sup>137</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 55.

<sup>138</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 71.

### 3.3.2 Objeto abstrato e objeto concreto da prova

A prova recai sobre os fatos que as partes alegam como fundamento de suas pretensões. Contudo, alguns fatos alegados pelas partes não carecem de prova para serem tomados como verdadeiros pelo juiz. Daí ser possível falar em objeto abstrato da prova (a totalidade dos fatos alegados pelas partes) e em objeto concreto da prova (os fatos alegados de cuja veracidade o juiz deve ser convencido no caso concreto).

Definindo o objeto concreto da prova, dispõe o art. 334 do Código de Processo Civil que não dependem de prova os fatos:

- a) notórios;<sup>139</sup>
- b) afirmados por uma parte e confessados pela outra;<sup>140</sup>
- c) admitidos no processo como incontroversos;<sup>141</sup>
- d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> Alberto dos Reis observa que existem sobre o conceito de fato notório duas vertentes de pensamento: 1) doutrina do conhecimento: fato notório é o fato de conhecimento público; e 2) doutrina do interesse: fato notório é o fato que a generalidade dos homens tem estímulo em conhecer, por a ela interessar, e, tecendo considerações sobre a primeira destas doutrinas, afirma que, em relação ao que se deve entender por “público”, é afirmado que se trata de fatos: a) conhecidos em uma determinada esfera social; b) conhecidos por homens de cultura média de certo lugar; c) conhecidos pela totalidade dos homens de um determinado Estado; e d) conhecidos na circunscrição territorial – Comarca – em que corre a causa (REIS, *Código de processo civil anotado*, p. 261-262). Na doutrina brasileira, Pontes de Miranda, cuja posição é aqui adotada, afirma que “o *notorium facti* resulta de fato que é conhecido de todos os que fazem parte de determinado círculo social, de modo que não há dúvida a respeito de tal fato [...]. Dizem-se notórios os fatos ‘conhecidos’, sem ser pela prova feita, não porque estejam na ciência privada do juiz, porém como fato que ele *deve conhecer* [...]. Sendo notórios, o juiz tem o dever de os conhecer e de aplicar o art. 334” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, p. 274-275).

<sup>140</sup> Confissão, como aduz Giuseppe Chiovenda, “é a declaração que uma parte formula da verdade dos fatos afirmados pelo adversário e contrários ao confidente” (CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 418).

<sup>141</sup> A prova deve recair sobre fatos controversos, posto ser ela produzida para afastar a dúvida sobre a veracidade de fatos que fundamentam as pretensões das partes (a dúvida exige a prova e é por ela afastada). Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a necessidade da prova é gerada pela controvérsia sobre fatos. Controvérsia é choque de razões, alegações ou fundamentos divergentes, que se excluem [...]. A controvérsia gera a *questão*, definida como dúvida sobre um ponto, ou como ponto controvertido” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 59). Não se confundem fato incontroverso e fato confessado. Fato incontroverso é aquele cuja ocorrência não é colocada em dúvida. Fato confessado é aquele cuja ocorrência é afirmada por uma parte e admitida pela outra. A confissão faz prova, isto é, serve como elemento de convicção, contra o confidente (art. 350 do Código de Processo Civil), ao passo que a ausência de controvérsia dispensa a prova do fato alegado.

<sup>142</sup> Sobre a presunção serão tecidas considerações mais adiante.

A notoriedade, a confissão, a ausência de controvérsia e a presunção legal de veracidade permitem ao juiz tomar o fato alegado como verdadeiro, dispensando a parte de provar a sua ocorrência, funcionando, portanto, como excludentes da necessidade da prova.

Não se olvide que devem ser objeto de prova, mesmo que não contestados ou impugnados especificadamente, os fatos a cujo respeito não seja admissível a confissão, em relação aos quais a lei considera indispensável, para a sua prova, o documento público e aqueles que estiverem em contradição com a defesa considerada em seu conjunto (art. 302 do CPC). Assim, fatos existem que devem ser provados, ainda que entre as partes não exista controvérsia sobre sua veracidade. Trata-se de fatos que a ordem jurídica impõe sejam tratados como controversos. Neste sentido, eles também são controversos, devendo ser provados pela parte que os alega em seu favor.<sup>143</sup>

A definição do objeto concreto da prova não se dá apenas à luz do art. 334 do CPC, cumprindo que nela seja observado que a prova deve recair sobre fatos:

- a) alegados: a prova deve recair sobre os fatos alegados pelas partes;
- b) relevantes: objeto da prova são os fatos que tenham importância para a decisão da demanda, ou, dito de outra forma, os fatos cuja ocorrência tenha influência na constituição, impedimento de constituição, modificação ou extinção do direito objeto de disputa;
- c) pertinentes: a prova deve recair sobre fatos que tenham relação, direta ou indireta, com o objeto da demanda;<sup>144</sup>
- d) possíveis de prova: o fato a ser provado deve ser possível, como também deve ser possível ou praticável a demonstração de sua veracidade;<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> Segundo o art. 302, III, do CPC, devem ser objeto de prova os fatos que estiverem em contradição com a *defesa, considerada em seu conjunto*. Por outro lado, de acordo com o art. 297 do CPC, o réu poderá oferecer, em resposta à ação, contestação, exceção e reconvenção. Assim, “defesa”, no art. 302, III, deve ser entendida no sentido de resposta do réu. Com isto, deve ser objeto de prova o fato não impugnado que estiver em contradição com a resposta do réu. Neste sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco que, “não só na contestação pode ser criada controvérsia em torno dos fatos alegados na petição inicial. Ainda que não haja contestado ou omita a impugnação dos fatos na contestação que ofereceu, o réu terá criado controvérsia se em *reconvenção* trouxe versão diferente [...] ou se tiver feito na *exceção* de incompetência ou de suspeição ou impedimento do juiz. Tanto a reconvenção quanto a exceção fazem parte do mesmo processo em que a contestação foi ou seria apresentada – e, por estarem inseridas no seio de um só e mesmo processo, elas são aptas a gerar controvérsia em torno de fatos e conseqüentemente necessidade de provar”. (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 61).

<sup>144</sup> Neste sentido, a Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha dispõe, no art. 281, I, que “a prova terá como objeto os fatos que guardem relação com a tutela jurisdicional que se pretenda obter no processo”, e, ainda, que “não deverá admitir-se nenhuma prova que, por não guardar relação com o objeto do processo, tenha que se considerar impertinente” (art. 283, 1).

<sup>145</sup> O fato, como aduz Michele Spinelli, sobrevive no vestígio que deixa em uma coisa ou homem (SPINELLI, *Las pruebas civiles*, p. 11-12). O fato que não deixa vestígio torna impossível a sua prova.

- e) determinados ou precisos: devem ser objeto da prova fatos com características suficientes para individualizá-los e distingui-los de outros fatos.

### 3.3.3 Prova do direito

Em regra, a prova deve recair sobre os fatos alegados pelas partes, vez que o *direito* (a norma jurídica ou o direito em sentido objetivo) deve ser conhecido pelo juiz (*jura novit curia*). Assim, a existência da norma jurídica que fundamenta a pretensão da parte não carece de prova, podendo o juiz, quanto a ela, utilizar os seus conhecimentos privados.

Entretanto, a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário<sup>146</sup> provar-lhe-á a existência, o teor e a vigência, se assim determinar o juiz (art. 337 do CPC). A parte, portanto, somente está dispensada de provar a existência da norma de direito federal, devendo provar a existência, o teor e a vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário em que basear as sua pretensão quando o juiz determine que o faça.<sup>147</sup>

A hipótese não é de prova *dos fatos de que decorre o direito deduzido*, mas da existência, teor e vigência da norma jurídica que se pretende aplicada para efeito de reconhecimento do direito afirmado.

Para Moacyr Amaral Santos, mesmo quando se fala em prova do direito, “o objeto da prova não deixa de ser o fato: na hipótese, é o fato da existência – ou seja o teor e a vigência da lei ou costume”.<sup>148</sup>

Em sentido contrário, e com razão, afirma Pontes de Miranda que

a prova, no caso da regra de direito, de modo algum é a prova dos fatos, a despeito de toda a assimilação que se tentou fazer. Em verdade, o que ocorre é a ajuda obrigatória das partes à ciência, ao conhecimento do juiz. Porque direito, regra

<sup>146</sup> Consuetudinário ou costumeiro “é o direito que se irradia de repetição de atitudes humanas que o meio social faz regras jurídicas. Não se há de confundir com os usos e costumes, que são repetições de atos que não se inserem no sistema jurídico” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, t. IV, p. 286).

<sup>147</sup> O juiz, por força do art. 337 do CPC, não pode julgar improcedente o pedido por falta da prova da existência, teor e vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário sem antes conferir à parte a oportunidade de prová-los.

<sup>148</sup> SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I, p. 16-17.

jurídica, se sabe ou não se sabe: ‘provar’ está, aí, como termo que alude a dois atos materiais semelhantes, porém não idênticos. Quem fala de provas alude a fatos que se provam, ou se estão a provar, ou vão ser provados. Só se provam fatos. As normas de direito tem o juiz que conhecê-las, porque essa é a sua missão. Seria, contudo, exigir-lhe hoje o que desde a Antiguidade e a Idade Média já lhe era difícil: conhecer o direito escrito do Estado de que é o órgão.<sup>149</sup>

### 3.4 Destinatários da prova

Considerando-se que a prova tem por finalidade convencer o juiz da veracidade dos fatos controversos e relevantes para o julgamento do litígio,<sup>150</sup> é intuitiva a afirmação de que destinatário da prova é o juiz. Sem dúvida, sendo responsável pela solução do litígio e pela definição dos direitos e obrigações das partes, o juiz é o destinatário primeiro da prova.<sup>151</sup>

O juiz não é, contudo, o único destinatário da prova. As partes também são destinatárias da prova, na medida em que têm direito a uma decisão fundada na prova constante dos autos.

Observa Eugênio Florian que a afirmação de que a prova tem por destinatário o juiz “foi ditada para o processo inquisitório e era exata na órbita deste, no qual o juiz reunia todas as funções”, mas indaga:

<sup>149</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, t. IV, p. 282.

<sup>150</sup> Francesco Carnelutti assinala que “o conflito se converte em litígio entre as duas partes com respeito a um bem precisamente por causa da pretensão” (CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 42). Contudo, o litígio concreto a ser julgado recebe o seu contorno definitivo no processo, por meio das alegações e pedidos das partes. As partes ao apresentarem e fundamentarem suas pretensões definem os termos em que o conflito de interesses será resolvido, fixando, destarte, o litígio a ser julgado. Litígio, ou lide, portanto, é o conflito de interesses transportado ao processo pelas alegações das partes. A propósito, assevera José Marcos Rodrigues Vieira que “a ‘res in iudicio deducta’ não é o exato conflito de interesses, assim como se estabeleceu antes do processo. A lide, fenômeno pré-processual, por isso mesmo, que justifica que se vá a juízo, será sempre, no processo, intra-autos, lide parcial, no que cabe a crítica a *Carnelutti* (cuja concepção interessa, todavia, ao instituto da coisa julgada). O juiz, quando aprecia a espécie, aprecia-a tal como está nos autos” (VIEIRA, *Da ação civil*, p. 61).

<sup>151</sup> Não se trata do juiz que primeiro conhecerá da demanda. “Juiz”, como destinatário da prova, é todo julgador que for chamado a examinar a demanda. Este fato faz com que não se tenha por definitiva a valoração da prova realizada pelo juiz de primeira instância. É certo que o contato do juiz de primeira instância com as fontes da prova lhe atribui um papel de destaque na valoração dos elementos de convicção delas extraídas, mas isto não exclui a possibilidade de esta valoração ser questionada pelas partes e, eventualmente, substituída por outra que venha a ser adotada em segunda instância. O princípio da imediação não pode ser levado ao extremo de impedir nova valoração da prova ou o controle da decisão judicial pelas instâncias superiores. Nesta linha, Jordi Ferrer Beltrán, em nome do que denomina *concepção racionalista da prova*, defende a adoção de uma “versão fraca ou limitada do princípio da imediação” e “um sistema de recursos que ofereça um campo amplo para o controle da decisão e sua revisão em instâncias superiores” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 64-65).

as provas indicadas e produzidas pelo juiz, a quem estariam dirigidas? Acaso o juiz trata de convencer-se a si mesmo, com um ato puramente interno? Certamente que não, pois os conhecimentos probatórios adquiridos pelo juiz devem ser postos em comum, devem consignar-se no processo e devem ser acessível às partes. Ademais, na maioria das vezes estes conhecimentos probatórios são ou devem ser adquiridos em concurso com as partes ou com a assistência delas.<sup>152</sup>

As provas têm entre os seus destinatários, ainda, a própria sociedade. É que no controle da atividade estatal, inclusive jurisdicional, a sociedade tem o direito de conhecer os motivos (provas, inclusive) pelos quais em seu nome foi proferida determinada decisão (no Estado Democrático de Direito, todo poder é exercido em nome do povo).<sup>153</sup> A prova, portanto, tem função endoprocessual (em relação ao juiz e às partes) e extraprocessual (em relação à sociedade).

A prova é uma garantia para o juiz, as partes e a sociedade da decisão o mais próximo possível da realidade.

Abre-se um parêntese para esclarecer que quando se fala nas partes como destinatários da prova não se pode perder de vista que, conforme adverte Santiago Sentis Melendo, “a prova não pode ser de uma parte nem para uma parte; nem tampouco para o julgador. A prova é para o processo. Aqui também estamos ante o conceito de disposição: poderá uma parte dispor de uma prova; mas no momento em que produziu esta prova, o processo a terá adquirido; não existe prova de uma parte e de outra [...]. O princípio da aquisição quer dizer precisamente que as provas são adquiridas para o processo”.<sup>154</sup> Este ponto de vista deve ser considerado à luz da perspectiva sob a qual o autor define o destinatário da prova: a possibilidade das partes e mesmo do juiz dispor da prova produzida. Sem dúvida, produzida a prova por uma parte, esta mesma parte não pode, porque por ela prejudicada, dela dispor, no sentido de dispensar o juiz de levá-la em conta na sua decisão. Da mesma forma, o juiz não pode desconsiderar a prova que a parte produziu contra os seus próprios interesses. É neste sentido que se pode falar que a prova é produzida para o processo.

---

<sup>152</sup> FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, p. 61-62.

<sup>153</sup> Nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa).

<sup>154</sup> MELENDO, *La prueba*, p. 20. O juiz deve julgar com base na prova constante dos autos, tenha ela sido produzida ou não pela parte que tinha o ônus de sua produção. Assim, a prova produzida por uma parte aproveita à outra.

### 3.5 Ônus da prova

#### 3.5.1 Aspectos gerais

Como é previsto no art. 6º do Código de Processo Civil francês, “para sustentar suas pretensões, as partes têm o ônus de alegar os fatos próprios para fundamentá-las”,<sup>155</sup> exigência que também se apresenta no processo civil e no processo do trabalho brasileiros, como decorre dos arts. 282 e 300 do Código de Processo Civil e 840, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, dos quais resulta que o autor e o réu devem apontar na petição inicial e na contestação, respectivamente, os fatos que fundamentam as suas pretensões. Trata-se do denominado “ônus da alegação ou fundamentação”.

Às partes, todavia, não basta a alegação de fatos, cumprindo-lhes demonstrar a sua ocorrência, vez que somente o fato provado pode servir de fundamento da decisão e que fato não provado é, no processo, fato juridicamente inexistente. Assim, têm as partes o ônus de produzir prova dos fatos que apontam como fundamento de suas pretensões. Trata-se, agora, do “ônus da prova ou ônus da demonstração”.

As partes têm o ônus, e não a obrigação, de provar os fatos que alegam como fundamento de suas pretensões. A prova deve ser produzida não porque a parte esteja obrigada à sua produção, mas porque se não o fizer corre o risco de não ter acolhida a sua pretensão. Dito de outra forma, a parte não tem a obrigação de produzir prova, mas a necessidade de fazê-lo, visto que a ausência da prova poderá comprometer o seu êxito na demanda.

Para deixar clara a distinção entre ônus e obrigação, vale lembrar que aquele que cumpre uma obrigação o faz para atender ao interesse de outrem, ao passo que a parte produz a prova dos fatos que alega para atender ao seu próprio interesse. Acrescente-se que o cumprimento de uma obrigação pode ser exigido por aquele a quem o seu cumprimento aproveita, mas uma parte não pode exigir da outra a prova dos fatos que alega em seu favor.

---

<sup>155</sup> Comentando este dispositivo legal, aduzem Gerard Cornu e Jean Foyer que “alegar não é invocar qualquer fato, mas, especificamente, os fatos próprios a fundamentar uma pretensão [...]. A alegação é a seleção dos fatos considerados pertinentes e determinantes, origem do surgimento do direito” (CORNU; FOYER, *Procédure civile*, p. 445). Afirmam estes autores, ainda, que a “a alegação incumbe a todo autor de uma pretensão (demandante, demandado e interveniente)” (*Op. cit.*, p. 445).

A diferença entre ônus e obrigação é realçada pela doutrina.

Para Gian Antonio Micheli,

a noção sobre a qual se tem feito girar toda a teoria do ônus da prova, é precisamente a de *ônus* entendido como entidade jurídica distinta da obrigação, no sentido de que em determinados casos a norma fixa a conduta que é necessária observar, quando um sujeito quer conseguir um resultado juridicamente relevante. Em tais hipóteses, um determinado comportamento do sujeito é necessário para que o fim jurídico seja alcançado, mas, de outro lado, o sujeito é livre para organizar a própria conduta como melhor lhe apareaça e, por consequência, também eventualmente em sentido contrário ao previsto pela norma.<sup>156</sup>

Hernando Devis Echandía aponta seis diferenças entre obrigação e ônus:

- a) a obrigação ou o dever são relações jurídicas passiva, e o ônus é uma relação ativa, como o direito e o poder;
- b) na obrigação ou no dever existe um vínculo jurídico entre o sujeito passivo e outra pessoa ou o Estado, o qual não existe no ônus;
- c) na obrigação ou dever se limita a liberdade do sujeito passivo, enquanto no ônus conserva completa liberdade de ordenar sua conduta;
- d) na obrigação ou no dever existe um direito (privado ou público) de outra pessoa a exigir seu cumprimento, coisa que não sucede no ônus;
- e) o descumprimento da obrigação ou do dever é um ilícito que ocasiona sanção, enquanto a inobservância do ônus é lícita, e, portanto, não é sancionável;
- f) o cumprimento de uma obrigação ou dever beneficia sempre a outra pessoa ou a coletividade, ao passo que a observância do ônus somente beneficia o sujeito dela; por isto pode dizer-se que aqueles satisfazem um interesse alheio e esta somente um interesse próprio (sem que deixe de existir no primeiro caso um interesse próprio em libertar-se da obrigação ou dever, isto é, em adquirir a liberdade).<sup>157</sup>

Para Hernando Devis Echandía, ônus

é um poder ou uma faculdade (em sentido amplo), de executar, livremente, certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma para benefício e em interesse próprio, sem sujeição nem coação e sem que exista outro sujeito que tenha o direito a exigir

<sup>156</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, p. 60.

<sup>157</sup> ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, t. I, p. 194-195.

sua observância, mas cuja não observância acarretará consequências desfavoráveis.<sup>158</sup>

James Goldschmidt assevera que ônus são

situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual. Em outras palavras, se trata de ‘imperativos do próprio interesse’. Os ônus processuais se encontram em estreita relação com as ‘possibilidades’ processuais, posto que toda ‘possibilidade’ impõe às partes o ônus de ser diligente para evitar sua perda.<sup>159</sup>

A parte que tem o ônus de provar determinado fato suporta o risco da insuficiência da prova ou da incerteza sobre a sua veracidade. Daí afirmar Leonardo Prieto Castro que a teoria do ônus da prova é “a teoria das consequências da falta de prova”.<sup>160</sup>

Cumprido esclarecer, com base em Giuseppe Chiovenda, que “o ônus de *afirmar* e o de *provar* são, ordinariamente, paralelos, mas não coincidem completamente; nem todo aquilo que se tem o ônus de afirmar, tem-se também o de provar; nem tudo o que é afirmado deve ser provado”,<sup>161</sup> fato que é confirmado, no ordenamento jurídico pátrio, pelo art. 334 do CPC, já examinado anteriormente.

Registra Manuel Galdino da Paixão Júnior que diante da ausência da prova de determinado fato “a lei presume que a parte que o alegou e não provou não disse a verdade”.<sup>162</sup> Trata-se de presunção relativa, isto é, de presunção que pode ser afastada por prova em sentido contrário existente nos autos. Com efeito, a definição do direito e das obrigações de uma parte no processo judicial não se dá apenas com base na prova por ela produzida, mas com esteio na prova existente nos autos, independentemente de quem a tenha produzido (*princípio da aquisição da prova*).<sup>163</sup>

<sup>158</sup> ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, t. I, p. 195.

<sup>159</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 203.

<sup>160</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 314.

<sup>161</sup> CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 258.

<sup>162</sup> PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria geral do processo*, p. 277.

<sup>163</sup> Este fato também serve para diferenciar ônus e obrigação. A parte que não se desincumbir do seu ônus probatório pode ter sucesso na demanda em razão da prova produzida pela parte contrária, o que não ocorreria se sua sorte na demanda estivesse vinculada ao cumprimento da obrigação de produzir prova da veracidade dos fatos por ela alegados.

### 3.5.2 Distribuição do ônus da prova

Distribuir o ônus da prova significa definir a que parte cumpre a prova dos fatos controversos, a qual, por consequência, sofrerá os efeitos de sua insuficiência.<sup>164</sup>

As regras de distribuição do ônus da prova desempenham no processo duas funções:

- 1) critério de julgamento, na medida em que indicam ao juiz o conteúdo da decisão na hipótese de insuficiência da prova de fato controverso e relevante para a decisão da lide (*ônus objetivo*).<sup>165</sup> O juiz não pode deixar de proferir decisão sob o argumento de que não se encontram suficientemente provados os fatos controversos. A distribuição do ônus da prova, como ensina Gian Antonio Micheli, concerne a estas duas situações, ou seja, atua no sentido de impedir a “omissão de pronunciamento” e de eliminar “pronunciamentos de conteúdo duvidoso”, isto é, decisões que, “embora contenham um juízo lógico, não definem a matéria da controvérsia”;<sup>166</sup>
- 2) orientação para a atividade das partes, na medida em que definem a parte à qual cumpre produzir a prova de determinado fato e suportará o risco da sua insuficiência (*ônus subjetivo*).

Como exemplos de regras de distribuição do ônus da prova podem ser citados:

- a) no Brasil, o art. 333 do Código de Processo Civil, dispondo que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do direito de que afirma

<sup>164</sup> São equivalentes, quanto aos seus efeitos, a impossibilidade de formação de segura convicção sobre a veracidade dos fatos com esteio nos elementos de convicção existentes nos autos (insuficiência da prova) e a ausência nos autos de elemento de convicção sobre o fato controverso (ausência da prova).

<sup>165</sup> Leo Rosenberg afirma que as regras de distribuição do ônus da prova “ajudam o juiz a formar um juízo, afirmativo ou negativo, sobre a pretensão que se faz valer, não obstante a incerteza com respeito às circunstâncias de fato, porque a ele indicam o modo de chegar a uma decisão neste caso. A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem nesta instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, na hipótese em que não foi comprovada a verdade de uma afirmação de fato importante. A decisão deve ser proferida contra a parte sobre a qual recai o ônus da prova com respeito à afirmação de fato não esclarecida” (ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 17).

<sup>166</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, p. 13. Este é, de acordo com António Menezes Cordeiro, o fundamento processual do ônus da prova (CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. t. IV, p. 466).

ser titular, e ao réu quanto à ocorrência de fato impeditivo à constituição do direito deduzido pelo autor ou que o extingue ou modifica;<sup>167</sup>

- b) na França, o art. 9º do Código de Processo Civil, prevendo que “incumbe a cada parte provar de conformidade com a lei os fatos necessários ao acolhimento de sua pretensão”;
- c) na Itália, o art. 2.697, I, do Código Civil, estabelecendo que “aquele que deseja ver reconhecido um direito em juízo deve provar os fatos que constituem seu fundamento. Aquele que afirma a ineficácia de tais fatos ou afirma a modificação ou extinção do direito deve provar os fatos sobre os quais se fundamenta a alegação”; e
- d) em Portugal, o Código de Processo Civil, que dispõe (art. 519): “Incumbe ao autor a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à ação; incumbe ao réu fazer a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à exceção”.

Registre-se que são várias as soluções indicadas pela doutrina para efeito de fixação do critério que deve nortear a distribuição do ônus da prova entre às partes. Entre elas merecem referência:

- a) cada parte deve provar os fatos que constituem o pressuposto de incidência da norma jurídica que invoca em seu favor (*teoria das normas*).<sup>168</sup>

Consoante Leo Rosenberg,

o juiz somente pode aplicar um preceito jurídico, isto é, declarar que se tenham produzido seus efeitos, quando tenha conseguido convencer-se da *existência* das circunstâncias que constituem os pressupostos do preceito [...]. A norma jurídica deixa de aplicar-se, não só quando o juiz está convencido da *não-existência* destes pressupostos, mas também quando persistem dúvidas sobre a sua existência. Os inconvenientes desta incerteza recaem sobre a parte cujo triunfo no processo depende da aplicação da norma jurídica em questão. Deste modo obtemos o *princípio da carga da prova*: aquela parte cuja petição processual não pode ter êxito sem a aplicação de um determinado preceito jurídico, suporta a carga da prova a respeito da presença das características do preceito no acontecimento real, ou, dito mais brevemente, suporta a carga da prova a respeito dos pressupostos do preceito jurídico a aplicar-se. Suporta esta carga de prova, porque, em caso de não ser

<sup>167</sup> Também no Brasil prevê o art. 156 do Código de Processo Penal: “A prova da alegação incumbe a quem a fizer”, contendo a Consolidação das Leis do Trabalho disposição no mesmo sentido (art. 818). Este dispositivo será objeto de exame mais adiante.

<sup>168</sup> Pedro Ferreira Múrias aduz que esta solução pode ser considerada “o modelo de base contra ou para além do qual se vão oferecendo os demais” (MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*, p. 17).

demonstrada a existência dessas características, não se aplica o preceito jurídico favorável à parte e se imputa a esta a incerteza relativa aos fatos [...]. O ônus da prova incumbe à parte porque em caso de incerteza sobre uma característica definidora do preceito legal deve decidir-se em prejuízo dessa parte.<sup>169</sup>

b) a prova do fato cabe à parte que o alega.

Segundo Francisco Augusto das Neves e Castro, “nada mais racional nem mais jurídico do que impor a obrigação da prova dos fatos àquele que os alega, quer seja como autor, quer como réu”.<sup>170</sup>

c) quem tem o ônus de alegar um fato também o tem de prová-lo.

Emilio Betti afirma que “quem tem o ônus da ação tem o ônus da afirmação e de provar os fatos que se encontram, em hipótese, como fundamento do que quer fazer valer na ação”.<sup>171</sup>

d) quem tem interesse em afirmar o fato tem o ônus de prová-lo.

Neste sentido, Francesco Carnelutti aduz que “o ônus em provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar”.<sup>172</sup>

e) a prova deve ser produzida pela parte que tem interesse em que o juiz tome o fato controverso por verdadeiro.

Neste compasso, assevera Giuseppe Chiovenda:

A rigor seria justo que o autor provasse tanto a *existência* dos fatos constitutivos do direito, quanto a *não existência* dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica. É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o princípio da igualdade das partes. E, dado que, em regra, como sabemos, às partes incumbe a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem que ele tome em consideração; dado que o juiz, em regra, não pode ter em conta circunstâncias que não resultem dos autos (*iudicet secundum allegata et probata; quod non est in actis non et in mundo*), e, enfim, que deve respeitar-se a igualdade das partes no processo, daí resulta que o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em

<sup>169</sup> ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 27.

<sup>170</sup> CASTRO, *Teoria das provas e suas aplicações aos autos civis*, p. 65.

<sup>171</sup> BETTI, *Diritto procesuale civile italiano*, p. 337.

<sup>172</sup> CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. II, p. 133. Esclarece Francesco Carnelutti que o ônus da afirmação decorre do fato de estar o juiz impedido de “consignar na razão da decisão um fato que não tenha sido afirmado” (*Op. cit.*, p. 121).

outros termos, que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros.<sup>173</sup>

f) a prova do fato cabe à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Jeremias Bentham aduz neste sentido que o “ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela parte que possa produzi-la com menos inconvenientes, isto é, com menos dilações, incômodos e gastos”.<sup>174</sup> Jeremias Bentham admite a dificuldade de estabelecer, no caso concreto, a parte que deve produzir a prova, embora ressalte que a afirmação no sentido de que a parte que propõe a ação é que deve produzir a prova dos fatos que alega “mais tem servido para criar dificuldades do que para resolvê-las”.<sup>175</sup>

A fixação do ônus das partes tem estreita relação com a própria possibilidade de acesso ao direito controvertido.<sup>176</sup> Por esta razão, vem ganhando força a doutrina da *distribuição dinâmica do ônus da prova*. Sob a ótica desta doutrina, a distribuição do ônus da prova deve deixar de se basear na natureza do fato controverso (*distribuição estática do ônus da prova*), para ser realizada de forma dinâmica, à luz do caso concreto, sendo o ônus da prova atribuído à parte que estiver em melhores condições técnicas, profissionais ou econômicas de produzi-la.<sup>177</sup>

A doutrina da distribuição dinâmica ou flexível do ônus da prova encontra respaldo na necessidade de assegurar às partes litigantes paridade concreta de armas, observando que esta paridade, além de ser um direito reconhecido expressamente pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (art. 10), constitui uma exigência da democracia processual. Lembre-se que, como aduz Ireneu Cabral Barreto, um processo justo “exige,

<sup>173</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 448.

<sup>174</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 445.

<sup>175</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 445-446.

<sup>176</sup> A fixação do ônus da prova deve ser realizada de forma a criar real possibilidade de acesso ao direito. É interessante mencionar que J. J. Gomes Canotilho, indaga, tendo em vista a limitação aos direitos fundamentais, se o legislador será “*mais livre* na conformação de regras processuais probatórias, de incontornável relevância para a efetividade dos direitos, do que na restrição material de direitos, liberdades e garantias? Por outras palavras: a pretexto de o direito probatório se considerar, por vezes, como direito exclusivamente processual poderá o legislador processual estabelecer regras probatórias conducentes a uma distribuição injusta do ônus da provas?”, ao que responde que “os direitos fundamentais transportam sempre uma *dimensão subjectiva* (são ‘direitos das pessoas’) e uma *dimensão objectiva* (transportam dimensões jurídico-objectivas que devem pautar a conformação do direito ordinário). Compreende-se que quando a *medida justa da distribuição do ônus da prova* é fundamental para a garantia de um direito, se devam evitar teorias abstractas e apriorísticas [...] e se imponham soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias” (CANOTILHO, O ônus da prova na..., *in: Estudos sobre direitos...*, p. 174-175).

<sup>177</sup> Conforme assevera Mauro Cappelletti, com esteio em Piero Calamandrei, “para que exista um processo justo, não basta que diante de um juiz imparcial ‘estejam duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões de ambas; mas ocorre, antes disso, que estas duas partes se encontrem entre si em condições de paridade, não meramente jurídica (que pode querer dizer meramente teórica), mas que exista entre essas uma

como elemento conatural, que cada parte tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária; ou, de outro modo, a parte deve deter a garantia de apresentar o seu caso perante o tribunal em condições que a não coloquem em substancial desvantagem face ao seu oponente”<sup>178</sup>.

Ademais, a participação na construção dos provimentos jurisdicionais “é problema que se coloca entre iguais, não só juridicamente, mas também e, sobretudo, cultural e economicamente”,<sup>179</sup> com o que o reconhecimento do direito à participação das partes na formação do provimento pressupõe igualdade concreta de armas na produção de provas. Contudo, a compensação das desigualdades, visando promover a igualdade concreta das partes, deve ser realizada por meios não arbitrários, entendendo-se como tais aqueles adotados pelo legislador com esta mesma intenção, tais como a hipossuficiência da parte, a verossimilhança da alegação e a exigência de pré-constituição da prova.

A propósito, observa Danilo Knijnik que é

para fazer frente à eventual iniquidade a que a aplicação do art. 333, *caput*, do CPC poderia conduzir, que se insinuou a teoria do ônus dinâmico da prova, ‘uma nova doutrina que tratou de flexibilizar a rigidez em que haviam incidido as regras sobre o ônus da prova e a conseqüente dificuldade que sua aplicação apresentou em certos casos’. De fato, parte-se da compreensão segundo a qual a regra consagrada no art. 333 do CPC estabeleceu uma distribuição estática do ônus probatório, construída em atenção à sintaxe da norma e independentemente das circunstâncias do caso concreto, o que não excluiria, porém, a distribuição dinâmica, na qual um ‘giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, em que o mesmo é visto na perspectiva da finalidade do processo e do valor justiça, e não sob o ângulo do mero cumprimento de formas processuais abstratas [...]’. A construção em análise pressupõe uma visão cooperatória e publicista do processo.<sup>180</sup>

Danilo Knijnik afirma, em conclusão, que

a doutrina do ônus dinâmico é legítima perante o direito brasileiro, nos casos em que a aplicação estática do art. 333, I e II, do CC se revele desconforme à Constituição Federal acarretando a inutilidade da ação judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário. Em isso ocorrendo, deve-se aplicar ao *caput* do art. 333 do CPC seu parágrafo único, inc. II, dinamizando, pois o ônus probatório. São pressupostos para sua aplicação que a incidência do ônus estático redunde em *probatio diabolica*, estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a

---

efetiva paridade *prática*, que quer dizer paridade técnica e também econômica” (CAPPELLETTI, *As ideologias no...*, in: *Processo, ideologias e...*, v. II, p. 58).

<sup>178</sup> BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 133.

<sup>179</sup> VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, p. 6.

<sup>180</sup> KNIJNIK, *As (perigosíssimas) doutrinas do...*, in: *Processo e Constituição: estudos...*, p. 945.

provar tornar-se inacessível à parte estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa.<sup>181</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues aduz, com razão, que “é preciso que a prova deixe de ser vista como um instituto ligado ao direito privado (direito alegado pela parte) e passe a ser vista por um caráter público, ou seja, o de que a prova é um elemento essencial à entrega de uma tutela jurisdicional justa”,<sup>182</sup> lembrando-se que a prova está intimamente relacionada com a efetividade do direito objetivo e do direito subjetivo.

Uma *visão integral da prova*, isto é, aquela que leva em conta a sua relevância para a efetividade da ordem jurídica democraticamente instituída e dos direitos subjetivos por ela assegurados, para a cidadania, para a dignidade humana e para o Estado Democrático de Direito, permite abandonar a distribuição estática e inflexível do ônus da prova, em favor de uma distribuição que seja dinâmica e flexível. Com isso, as diretrizes ditadas pelo individualismo e liberalismo, que informam o Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho e torna a parte responsável único pela sua sorte no processo,<sup>183</sup> devem ceder lugar, na fixação do ônus da prova, à relevância social da prova.

### 3.5.3 Ônus da prova no processo civil e no processo do trabalho

No processo civil, de acordo com o art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito deduzido pelo autor. O ônus da prova é distribuído, portanto, levando em conta a natureza do fato controverso, o que o vincula às consequências jurídicas que a lei atribui ao fato controverso e implica adoção da *teoria das normas*, o que significa que cada parte deve provar os fatos que constituem o pressuposto da incidência da norma jurídica que invoca em seu favor.

<sup>181</sup> KNIJNIK, As (perigosíssimas) doutrinas do..., *in: Processo e Constituição: estudos...*, p. 950/951.

<sup>182</sup> RODRIGUES, A distribuição do ônus da prova no..., *in: Direito processual coletivo e o...*, p. 247.

<sup>183</sup> Piero Calamandrei afirma que a regra de distribuição do ônus de prova constitui “mecanismo típico do liberalismo processual [...], por meio do qual a parte é a única responsável pela sua sorte processual” (CALAMANDREI, Il processo como giuco. *In: Studi sul processo civile*, p. 66).

Pela adoção no CPC da teoria das normas, se posiciona Danilo Knijnik, para quem o art. 333 do CPC “consagra a chamada teoria das normas, cujo postulado repousa na ‘técnica de descobrir a repartição do *ônus probandi* na sintaxe da lei’”.<sup>184</sup>

Do art. 333 do CPC resulta que a insuficiência da prova do fato constitutivo do direito controvertido resolve-se em prejuízo do autor (porque impede a produção da consequência por ele perseguida no processo – a confirmação do direito deduzido), ao passo que a dúvida quanto à ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito resulta em prejuízo do réu (posto que impede a produção da consequência jurídica por ele buscada – a negativa de existência do direito deduzido pelo autor).

Esta regra não tem, contudo, caráter absoluto, posto que convive com as hipóteses de dispensa da prova constantes do art. 334 do CPC e com o princípio da aquisição da prova. Isso significa que o art. 333 do CPC irá incidir no caso de ser necessária a prova do fato alegado pela parte e de esta prova não ter sido produzida pela parte contrária ou por determinação judicial.<sup>185</sup> Vale lembrar, ainda, a possibilidade de inversão do ônus da prova, que mais adiante será objeto de consideração.

Em relação ao processo do trabalho, estabelece o art. 818 da CLT que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.<sup>186</sup> Este artigo tem recebido aplausos e críticas da doutrina.

Antônio Álvares da Silva afirma que o art. 818 da CLT demonstra a

---

<sup>184</sup> KNIJNIK, As (perigosíssimas) doutrinas do..., *in: Processo e Constituição: estudos...*, p. 943. Já Cândido Rangel Dinamarco afirma que foi adotado pelo CPC a *doutrina do interesse* e sustenta que a síntese das disposições do art. 333 do CPC “consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado (Chiovenda), ou seja, àquela que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter a vitória. O *princípio do interesse* é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveita ao autor e o dos demais, ao réu” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 71-72). Na essência, estas duas doutrinas apontam no mesmo sentido. É que ao autor interessa provar o fato que, segundo a ordem jurídica, faz nascer o direito cuja confirmação pretende. A natureza do fato e a definição do interesse na sua prova estão, portanto, intimamente relacionadas com a norma jurídica que assegura o direito deduzido.

<sup>185</sup> É o que também ocorre no processo do trabalho, por força da aplicação subsidiária do art. 334 do CPC e da observância, também nele, do princípio da aquisição da prova.

<sup>186</sup> O art. 852-D da CLT (“O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”). O art. 852-D da CLT faz alusão ao ônus probatório de cada parte. Contudo, o seu melhor exame permite concluir que ele não contém regra de distribuição do ônus da prova, mas apenas regra de procedimento endereçado ao juiz, que deverá determinar as provas a serem produzidas observando a legitimidade da parte que requer a sua produção.

prudência e moderação do longínquo e eficiente legislador de 1943. Sobre o ônus da prova, apenas disse, no art. 818, que ‘a prova das alegações incumbe às partes que as fizer’. Esse dispositivo não é uma divisão do ônus da prova nem por ele se pode reduzi-la, pois as alegações fazem tanto o autor, quando requer, como o réu, quando contesta. Ora, se a cada um cabe provar o que ‘alega’, é de cada um o ônus das alegações. Portanto, há distribuição igual do ônus da prova, ficando reclamante e reclamado com o encargo da prova do que afirmar. Foi clara a intenção do legislador de não transportar para o âmbito do processo do trabalho a teoria do ônus da prova do processo civil.<sup>187</sup>

Wagner Giglio afirma que o art. 818 da CLT contém uma

das mais primitivas distribuições do ônus da prova, derivada do brocardo latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Como toda negativa contém, implicitamente, a afirmativa contrária, e vice-versa (toda afirmativa abriga em seu bojo, por inferência lógica, a negativa oposta), a distribuição do *onus probandi* dependeria, a rigor, da habilidade do redator da petição inicial e da resposta: para exonerar-se da carga de prova de haver sido despedido, bastaria ao trabalhador afirmar que a cessão da relação de emprego não resultou de acordo ou pedido de demissão, nem de abandono de emprego. Diante da notória inconveniência desse art. 818 da CLT, a jurisprudência vem aceitando, fazendo abstração de sua existência, a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, apesar de não haver omissão da legislação processual trabalhista que autorizasse a invocação desta última norma.<sup>188</sup>

Consoante Carlos Alberto Reis de Paula, por força do art. 818 da CLT, “a regra é que a cada uma das partes compete a prova das alegações que fizer”, sendo por ele realçado, ao examinar a possibilidade de aplicação do art. 333 do CPC no processo do trabalho, que

o art. 333 não colide com o disposto no art. 818 da CLT. De outra sorte, não está contido obrigatoriamente no dispositivo consolidado, podendo ser aplicado subsidiariamente. Essa aplicação subsidiária está condicionada ao ajuste às especificidades do direito processual do trabalho [...]. A lacônica norma do art. 818 da CLT agasalha a melhor doutrina sobre a prova [...]. Efetivamente, o disposto no art. 818 da CLT condensa toda a matéria, abrangendo tanto o ônus da ação quanto o ônus da exceção, e permite as adaptações que se impõem pelas singularidades do processo do trabalho, não havendo a vinculação obrigatória com a forma prescrita no art. 333 do CPC, fundado na igualdade das partes.<sup>189</sup>

Para Carlos Alberto Reis de Paula,

a apreciação do art. 818 da CLT nos levou à conclusão de que não há um conflito frontal da norma com o disposto no art. 333 do CPC. De outra sorte, o artigo da Consolidação geralmente é interpretado levando-se em conta a normatização do Código Processual Civil. A generalidade do disposto no texto consolidado – prova quem alega – permite que o critério geral de distribuição do ônus da prova – a prova do fato constitutivo incumbe ao autor, ao passo que ao réu cabe a prova dos fatos

<sup>187</sup> SILVA, Antônio Álvares da. *Procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho*, p. 111.

<sup>188</sup> GIGLIO, *Direito processual do trabalho*, p. 203.

<sup>189</sup> PAULA, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 110 e 112.

extintivos, modificativos ou impeditivos – não seja seguido. É o que se denomina inversão do ônus da prova, que no processo trabalhista tem justificativas próprias, além de manifestações peculiares [...]. A inversão do ônus da prova é uma das peculiaridades do processo do trabalho, e esse fenômeno encontra sua justificativa na instrumentalidade do direito processual, de forma genérica, e nas particularidades do processo do trabalho, de forma específica [...]. A repartição do ônus da prova de forma rígida, como previsto no art. 333 do CPC, é uma explicitação da igualdade em que as partes comparecem ante o juízo civil [...]. Necessário que se assegure, e se facilite, o acesso dos trabalhadores à pretensão jurisdicional, para isso não sendo instrumento adequado o processo civil, assentando no princípio da igualdade dos sujeitos [...]. A inversão do ônus da prova resulta da especificidade do processo do trabalho, como consequência de sua adequação ao direito do trabalho.<sup>190</sup>

Acrescenta Carlos Alberto Reis de Paula que a inversão do ônus da prova é possível desde que haja a incidência de alguns dos princípios que aponta, a saber: aptidão para a prova (“a prova deve ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Consequentemente, é que se apresenta como apta a produzi-la judicialmente”), *in dubio pro operario* (“o princípio tutelar se aplica quando a prova é insuficiente ou se apresenta dividida [...]. A aplicação do princípio dá-se quando há um começo de prova em favor do empregado, embora a prova seja insuficiente para o acolhimento da postulação do trabalhador”) e pré-constituição da prova

se a parte detém o documento, decorrendo a sua pré-constituição de imposição legal, e tratando-se de documento comum, parece-nos lógicos que está obrigada a trazê-lo à instrução. Dessa obrigação pode resultar a inversão do ônus da prova, naquelas hipóteses em que, em observância ao princípio geral da distribuição da prova, o ônus competia ao trabalhador.<sup>191</sup>

Sem dúvidas, cada parte deve provar o que alega como fundamento de sua pretensão. Contudo, verificada a insuficiência da prova de fato controverso e relevante para o julgamento da demanda, que critério deve nortear o juiz do trabalho na decisão do conflito de interesses? É nesse ponto que se apresenta a deficiência do art. 818 da CLT, a ser suprida pelo recurso ao art. 333 do CPC, para definir a parte que sofrerá os efeitos da insuficiência da prova daquele fato.

O art. 333 do CPC complementa o disposto art. 818 da CLT quanto ao critério de julgamento a ser adotado pelo juiz que se deparar com a insuficiência da prova de um fato controverso e relevante para o julgamento da demanda.

<sup>190</sup> PAULA, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 113-115.

<sup>191</sup> PAULA, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 119-127.

Não se pode olvidar, contudo, a desigualdade de forças, decorrentes de desigualdades sócio-econômicas, entre as partes no processo do trabalho, que, embora não conduza, necessariamente, ao abandono da possibilidade de recurso ao Código de Processo Civil como fonte subsidiária do direito processual do trabalho, deve ter os seus efeitos afastados ou reduzidos por outros meios, a serem aplicados previamente, quais sejam:

- a) aplicação de presunções favoráveis ao trabalhador, estabelecidas com base nos princípios de direito do trabalho,<sup>192</sup> na obrigação legal de o empregador pré-constituir a prova de determinados fatos e em máximas ou regras de experiência, com a conseqüente inversão do ônus da prova; e
- b) valoração diferenciada da prova produzida pelo trabalhador.<sup>193</sup>

Considerando a incidência dos princípios de direito do trabalho, a obrigação legal de constituição da prova documental e as máximas de experiência, pode ser dito, com Carlos Alberto Reis de Paula, que a inversão do ônus da prova constitui uma peculiaridade do direito processual do trabalho.<sup>194</sup>

Cumprido esclarecer que o direito do trabalho é fruto da reação contra as condições de trabalho a que foram submetidos os trabalhadores no contexto do individualismo e do liberalismo econômico e político e tem por objetivo a promoção e tutela da sua dignidade humana. Esta especial destinação do direito do trabalho faz com seja por ele adotada como diretriz fundamental a proteção do trabalhador (*princípio protetor*).<sup>195</sup> Dessa essencial diretriz

<sup>192</sup> Trata-se da projeção no processo do trabalho dos princípios de direito do trabalho.

<sup>193</sup> Segundo dispõe o art. 125, II, do CPC, ao juiz compete assegurar às partes igualdade de tratamento, o que significa que o juiz deve tratar as partes na medida das suas forças, o que constitui, como assinala Rudolf Von Ihering, medida de justiça no processo (IHERING, *A evolução do direito*, p. 306). Neste contexto, é lícito valorar as provas considerando-se a maior ou dificuldade da parte na sua produção.

<sup>194</sup> PAULA, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 113. Parte da doutrina sustenta que a inversão do ônus da prova deve ser adotada em caráter genérico, com esteio na aplicação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, Emília Simeão Albino Sako aduz que “a regra de inversão do ônus é admitida amplamente no processo (CDC, arts. 6º, VIII, e 38), e poderá ser aplicada em todas as relações de trabalho, com ou sem subordinação jurídica, visando à facilitação da defesa de direitos, seja em razão da verossimilhança das alegações, seja pela hipossuficiência do trabalhador, que o coloca em condição desigual [...]. A inversão do ônus da prova constitui uma exceção à regra trazida pelo CPC, que de forma expressa distribui o ônus da prova (art. 333), e pela CLT (art. 818), e poderá haver a inversão sempre que presentes os requisitos previstos no art. 6º do CDC. A regra do CDC que permite a inversão do ônus da prova é compatível com o processo do trabalho, onde a condição de hipossuficiente do trabalhador, em sentido econômico, é presumida, pois necessita do empregador e do ganho que ele proporciona para sua sobrevivência e de sua família. Além disso, é hipossuficiente em sentido técnico, pois desconhece o sistema de organização e gestão empresarial” (SAKO, *A prova no processo do trabalho*, p. 29 e 31).

<sup>195</sup> Não se trata de mero assistencialismo, mas da adoção de medidas que limitam o poder do empregador, na tentativa de criar as condições que assegurem ao trabalhador uma vida livre e digna.

do direito do trabalho resultam várias outras, que são delas derivadas ou representam a sua concretização.

Neste sentido, vale lembrar:

- a) o trabalhador tem na sua força de trabalho a fonte de sua subsistência própria e familiar, sendo essencial para a sua garantia a configuração e permanência da relação de emprego. Por essa razão, o direito do trabalho adota como princípios a *presunção de existência da relação de emprego* na presença de trabalho humano prestado em favor de outrem, a *presunção de ter sido o contrato de trabalho firmado por prazo indeterminado* ou a *presunção de indeterminação do contrato de trabalho*,<sup>196</sup> a criação de dificuldades para a extinção da relação de emprego (*favorecimento da manutenção da relação de emprego*<sup>197</sup>) e a presunção de que o trabalhador não deu causa ao rompimento da relação de emprego (*presunção de continuidade da relação de emprego e de sua extinção de forma menos gravosa para o trabalhador*);
- b) o trabalhador não pode renunciar aos direitos que a ordem jurídica estabelece em seu favor, notadamente os de natureza fundamental, o que autoriza presumir a ocorrência de vício de vontade em qualquer ato praticado pelo trabalhador e do qual resulte prejuízo ao acesso aos direitos que lhe asseguram a ordem jurídica (*irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*),<sup>198</sup>
- c) a realidade se sobrepõe sobre a forma: as condições de trabalho observadas ao longo do contrato se sobrepõem sobre o que foi formalmente estipulado (*primazia da realidade sobre a forma* ou *contrato realidade*);
- d) a condição mais benéfica estabelecida pelo empregador incorpora-se ao contrato de trabalho, com força de direito adquirido para o trabalhador (*condição mais benéfica*).

---

<sup>196</sup> A contratação por prazo determinado somente é lícita em uma das situações previamente definidas em lei, cuja prova constitui ônus do empregador.

<sup>197</sup> Neste sentido, a Constituição da República de 1988, ao lado de incluir o valor social do trabalho entre os fundamentos da República (art. 1º, IV), assegura ao trabalhador o direito à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I).

<sup>198</sup> O trabalhador não pode renunciar à sua dignidade humana e, com isso, aos direitos a ela inerentes.

Estes e outros princípios do direito do trabalho resultam, no processo, em inversão do ônus da prova, em favor do trabalhador.

De outro lado, a CLT impõe ao empregador a constituição da prova documental dos seguintes fatos:

- a) pagamento de salário (art. 464);
- b) celebração de acordo para prorrogação de jornada de trabalho (art. 59, §1º);
- c) prorrogação do contrato a termo (arts. 447, 451 e 452);
- d) jornada de trabalho (art. 74, §2º);
- e) labor externo incompatível com a fixação de horário de trabalho (art. 62, I);
- f) concessão de férias (art. 135); g) pedido de demissão (art. 477, §1º); e h) quitação de verbas rescisórias (art. 477, §§1º e 2º).

A obrigação de pré-constituição da prova é imposta não apenas para maior segurança do trabalhador, como também pelo fato de o empregador, em vista do art. 2º da CLT, deter

o poder diretivo de seu negócio, subordinando, em decorrência, os seus prestadores de serviços que estão sujeitos à legislação do trabalho. Em vista desse binômio direção e subordinação, a legislação trabalhista impõe ao empregador, em muitas oportunidades, a obrigação de pré-constituição da prova do cumprimento de direitos trabalhistas.<sup>199</sup>

Cumprindo as suas obrigações trabalhistas, do empregador é exigido que documente este fato, constituindo, com isto, a sua prova documental. A ausência da pré-constituição da prova, quando esta tiver sido exigida pelo legislador, autoriza estabelecer em favor do trabalhador presunção de veracidade dos fatos por ele alegados.<sup>200</sup>

A inversão do ônus da prova também pode resultar da aplicação de máximas ou regras de experiência comum ou técnica. Com efeito, a partir de regra resultante da observância do que geralmente ocorre em situações similares, o juiz pode atribuir o ônus da

<sup>199</sup> MACHADO JR., *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 148.

<sup>200</sup> É o que ocorre, por exemplo, por meio da Súmula n. 338 do TST: “I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo o horário da inicial se dele não se desincumbir.”

prova à parte que dele estaria isento se incidisse a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Por fim, a prova produzida pelo trabalhador deve receber valoração diferenciada, não apenas em razão da sua maior dificuldade de acesso às fontes e aos meios de prova e na produção da prova, como também para facilitar o acesso aos direitos fundamentais trabalhistas.<sup>201</sup> A diferença de forças entre as partes é compensada pela diferença na valoração da prova por elas produzidas, ao passo que a natureza do direito exige do juiz maior liberdade na valoração da prova quando se trate de criar as condições necessárias à sua satisfação. Isso não significa, contudo, que ao empregador deve ser negado o direito à valoração da prova que produzir, mas, apenas, que as provas devem ser valoradas considerando a maior dificuldade para sua produção e a própria natureza do direito objeto de controvérsia. Também na valoração da prova é essencial recorrer à regras de experiência, vez que a conclusão no sentido da ocorrência ou não de determinado fato pode ser reforçada pela constatação do que geralmente se dá em situações similares.<sup>202</sup>

### 3.5.4 Momento da incidência das regras de distribuição do ônus da prova

A doutrina suscita em relação às regras de distribuição do ônus da prova a seguinte questão: Qual é o momento em que estas regras deverão incidir?

Para essa indagação são apresentadas duas respostas:

---

<sup>201</sup> A Constituição da República de 1988, além de incluir a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho entre os fundamentos da República (art. 1º) e de definir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo do Estado (art. 3º), atribui aos trabalhadores um rol mínimo de direitos (7º, 8º e 9º), aos quais reconhece a natureza de direitos fundamentais. É que os artigos 7º, 8º e 9º estão localizados no Título que a Constituição reservou aos direitos e garantias fundamentais, afastando qualquer dúvida sobre a natureza dos direitos neles contemplados.

<sup>202</sup> A dupla função das máximas ou regras de experiência – fundamento para a inversão do ônus da prova e critério de valoração da prova – é realçada pelo art. 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual, o juiz dirigirá o processo com liberdade para apreciar a prova e da especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

- a) as regras de distribuição do ônus da prova indicam ao juiz o conteúdo da decisão no caso de insuficiência de prova, constituindo, com isso, uma regra de julgamento, a ser aplicada no momento da decisão;<sup>203</sup> e
- b) as partes, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, devem ser cientificadas de seu ônus de prova antes do início da instrução do processo.

O ato de julgar, no que comporta ao problema do ônus da prova, apresenta um roteiro que pode ser assim descrito:

- 1) o juiz deve formar a sua convicção com base na prova constante dos autos. Existindo nos autos elementos suficientes para formar convicção sobre a ocorrência ou não dos fatos controversos, transportados aos autos pelas partes<sup>204</sup> ou por determinação judicial, não haverá necessidade de indagar sobre o ônus da prova das partes;
- 2) para afastar eventual dúvida sobre a veracidade de determinado fato, o juiz poderá, para valorar os elementos de convicção disponíveis, recorrer às regras de experiência;
- 3) Diante da insuficiência da prova, o juiz deverá indagar se incide, na hipótese, regra de inversão do ônus da prova. Incidindo regra de inversão do ônus da prova, fixará o ônus de prova de cada parte, definindo-se, com isso, o critério que informará a decisão;
- 4) não sendo a hipótese de inversão do ônus da prova, o juiz adotará como critério de julgamento a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecida pelo art. 333 do CPC.

Verifica-se, assim, que as regras de distribuição do ônus da prova constituem o último meio de que o juiz deverá lançar mão na solução da demanda. Neste contexto, o momento próprio para a incidência das regras de distribuição do ônus da prova é o da decisão.

---

<sup>203</sup> A propósito, afirma James Goldschmidt que “o juiz não necessita resolver a questão acerca da parte à qual incumbe o ônus da prova até o momento de pronunciar a sentença” (GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 255). Leo Rosenberg aduz, no mesmo sentido, que “deve decidir-se sobre o ônus da prova somente ao final do processo, depois de examinadas as circunstâncias de fatos não discutidas e depois da produção da prova” (ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 17).

<sup>204</sup> Incide aqui o princípio da aquisição processual: a prova participará da formação do convencimento do juiz independentemente da parte que a produziu.

### 3.5.5 Inversão do ônus da prova

A distribuição entre as partes do ônus da prova e das consequências da sua insuficiência responde a uma necessidade prática, qual seja, evitar o *non liquet*, com o fornecimento ao juiz de um critério de julgamento ao qual recorrer na hipótese de dúvida invencível sobre a veracidade de fatos controversos relevantes para a solução do litígio.

As regras de distribuição do ônus da prova, todavia, perdem relevância com a adoção do princípio da aquisição da prova, no sentido de que o juiz formará a sua convicção sobre a veracidade dos fatos controversos à luz da prova existente nos autos, independentemente da parte que a produziu, com a consequente redução para a parte do risco decorrente da sua incapacidade ou impossibilidade de produzir prova do fato que alega como fundamento de sua pretensão, e, também, em razão da atribuição de poderes instrutórios ao juiz.<sup>205</sup>

De outro lado, em determinadas situações é possível abandonar a regra legal de distribuição do ônus da prova, atribuindo este ônus à parte que, segundo aquela regra, dele estava dispensada. Opera-se, assim, a denominada inversão do ônus da prova, que pode ocorrer por determinação legal, pelo juiz ou por convenção das partes.

Constituem exemplos de inversão legal do ônus da prova as constantes do art. 877 do Código Civil (“aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”) e do art. 389, I, do Código de Processo Civil (incumbe o ônus da prova, quando “se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir”).<sup>206</sup> A inversão pode ocorrer, ainda, pelo estabelecimento legal de presunção de veracidade de determinados fatos, como ocorre, por exemplo, no art. 322 do Código Civil (“Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”), art. 319 do CPC (“Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor”), art. 368 do CPC (“As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiros em relação ao signatário”) e art. 456, parágrafo único, da CLT (“à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”).<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> Da iniciativa probatória do juiz trataremos mais adiante.

<sup>206</sup> Dá-se, nesta hipótese, a inversão legal direta do ônus da prova.

<sup>207</sup> Trata-se, agora, de inversão legal indireta do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova será judicial quando o juiz presumir a veracidade dos fatos controversos. Essa presunção pode ser formulada, no processo do trabalho, com base nos princípios de direito do trabalho, na exigência de pré-constituição da prova por parte do empregador e em uma máxima ou regra de experiência. No processo civil, a inversão judicial do ônus da prova pode ser formulada com base em máxima de experiência, com autorização, por exemplo, no art. 232 do Código Civil; “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia pelo exame” e no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual constitui direito básico do consumidor a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Ao consumidor foi, portanto, reconhecido o direito à facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, sendo a inversão do ônus da prova uma das técnicas eleitas pelo legislador para essa facilitação.

A inversão legal e judicial do ônus da prova tem em vista favorecer a realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica, adotando-se como critério, para tanto a premissa de que a prova deve ser produzida pela parte que estiver em melhores condições de fazê-lo.<sup>208</sup> O risco da insuficiência da prova pende, com a inversão do ônus de sua produção, para a parte que estava em melhores condições de produzi-la.<sup>209</sup>

A inversão convencional do ônus da prova é autorizada pelo art. 333, parágrafo único, do CPC, que a veda apenas quando for indisponível o direito objeto da demanda<sup>210</sup> ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

---

<sup>208</sup> Mesmo quando se trate de inversão da prova baseada na obrigação de pré-constituição da prova, o que se tem é a definição da parte que estava em melhores condições de demonstrar a ocorrência, ou não, de determinado fato. Assim, o empregador que concede e paga férias tem o direito de exigir do empregado a quitação respectiva, estando, por isso, em melhores de comprovar tais fatos, por exemplo.

<sup>209</sup> É no momento da decisão que será definida a parte a que caberia demonstrar a ocorrência dos fatos controversos e sofrerá o prejuízo resultante da ausência desta demonstração. Com isso, a inversão ocorrerá na decisão, se e quando o juiz se deparar com dúvida invencível sobre a veracidade de determinado fato controverso e relevante para a decisão do litígio. Registre-se que no Projeto de Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei do Senado 166/2010) é adotada uma postura distinta, uma vez que, depois de estabelecer a regra de distribuição da prova nos mesmos moldes do atual art. 333 do CPC (art. 261), é estabelecido: “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” e também: “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” (art. 262, *caput* e §1º, respectivamente). Esta solução desconsidera o dever de colaboração das partes na busca da verdade e têm como pressuposto a ideia de que elas não têm condições de aquilatar quem está em melhores condições de produzir prova dos fatos controversos. A parte que estiver em melhores condições de produzir a prova de determinado fato deve fazê-lo, independentemente de determinação do juiz neste sentido.

<sup>210</sup> Fato que, diante da natureza predominantemente fundamental dos direitos decorrentes da relação de emprego e da natureza alimentar dos créditos a eles relacionados, impede a inversão convencional do ônus da prova no processo do trabalho, exceto quanto realizada em benefício do trabalhador.

### 3.5.6 Iniciativa probatória do juiz

O processo é instaurado e se desenvolve por meio da atividade das partes e do juiz. Uma das atividades essenciais ao processo diz respeito ao estabelecimento da verdade sobre os fatos alegados pelas partes como fundamento de suas pretensões, o que se faz por meio da prova. Daí a necessidade de definir o papel das partes e do juiz em matéria probatória.

Para esta questão, a doutrina apresenta três soluções, traduzidas pelos sistemas dispositivo, inquisitivo e misto.<sup>211</sup>

Pelo *sistema dispositivo*, a iniciativa da prova é atribuída com exclusividade às partes, cumprindo ao juiz proferir julgamento segundo o que for por elas provado (*secundum probata partium, iudex iudicare debet*).<sup>212</sup>

Trata-se de sistema inspirado na concepção individualista e liberal do processo, fundado na ideia de que, tendo liberdade para dispor do direito material objeto de disputa, as partes também são livres para dispor da prova a ser produzida. Com isso,

ao juiz é imposto um comportamento estático e receptivo, sem outra missão no curso do procedimento senão a de dirigi-lo e chamá-lo à ordem quando necessário. A premissa central desse sistema é a disponibilidade do direito material em conflito, que teria por consequência processual a outorga às partes da ampla liberdade de serem mais ou menos atuantes, em relação à instrução da causa, suportando, depois, as consequências de suas próprias omissões: se lhes é lícito dispor de direitos, transigir, renunciar *etc.*, também seria legítimo deixar que elas causassem indiretamente o perecimento deles, omitindo-se em provar as alegações das quais dependam a defesa e a vitória na causa.<sup>213</sup>

Este é, como esclarece Michele Taruffo, um modelo coerente com a ideologia “cujos valores fundamentais são um individualismo competitivo e aquisitivo, a desconfiança em todas as manifestações do Estado, a luta e a competência como métodos privilegiados para

<sup>211</sup> O debate sobre o papel do juiz no processo constitui verdadeiro subproduto do debate sobre a finalidade da jurisdição e do processo, que, por sua vez, se insere na problemática da relação entre indivíduo e Estado.

<sup>212</sup> Como anota Para Roland Arazi, “o sistema dispositivo confere maiores faculdades às partes, em suas regras fundamentais: a) o juiz não pode iniciar o juízo de ofício; b) não pode ter em conta fatos nem meios de prova que não tenham sido apresentados pelas partes; c) deve ter por certos os fatos sobre os quais as partes estiverem de acordo; e, d) a sentença não pode condenar a mais, nem a outra coisa que a pedida na demanda” (ARAZI, *La prueba en el proceso civil*, p. 22). Este sistema probatório corresponde ao sistema processual privatístico: o processo é o mecanismo que a ordem jurídica coloca à disposição das partes para a solução dos seus conflitos de interesses, cabendo-lhe a instauração e impulso do processo, a produção da prova e a definição, pela escolha dos fatos a serem alegados e pedidos a serem examinados, dos limites da atuação do Poder Judiciário.

<sup>213</sup> DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, v. III, p. 51.

a realização e a proteção dos interesses próprios econômicos e sociais”.<sup>214</sup> A propósito e na mesma linha, afirma Mauro Cappelletti que se trata de modelo de “inspiração mais acentuadamente *liberal e individualista*, no qual tudo se deixa à iniciativa das partes privadas, seja na determinação do objeto do processo e do juízo, seja no impulso processual e probatório”.<sup>215</sup> Este modelo transporta para o processo duas ideias próprias do liberalismo, quais sejam a valoração do indivíduo e o Estado mínimo, sendo o processo encarado na perspectiva das partes, que dele se servem para, livremente, dar solução aos seus conflitos de interesses.

Para os defensores deste sistema, o confronto entre as partes garante maior eficiência na demonstração da verdade dos fatos controversos, cabendo ao juiz aplicar ao resultado do debate entre as partes a solução indicada pela ordem jurídica, ao passo que é “justo e oportuno que o juiz seja neutro e passivo [...], porque, do contrário, estaria em perigo a sua imparcialidade e da mesma forma a garantia de igualdade das partes do ponto de vista do devido processo legal”.<sup>216</sup>

Pelo *sistema inquisitivo*, cabe às partes definir o objeto do processo,<sup>217</sup> mas ao juiz é conferido o dever de promover a produção das provas necessárias à apuração da verdade sobre os fatos controversos. Dá-se neste modelo a publicização do processo, que é encarado na perspectiva da sociedade, o que conduz à atribuição de maior relevo ao interesse público na descoberta da verdade e solução do conflito de interesses submetido ao Poder Judiciário.

---

<sup>214</sup> TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, prólogo, p. IX.

<sup>215</sup> CAPPELLETTI, Iniciativas probatórias..., in: *Oralidade e pruebas en el...*, p. 130.

<sup>216</sup> TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, p. 3.

<sup>217</sup> Não há na doutrina consenso sobre qual seja o objeto do processo. A propósito, observa Piero Calamandrei que “o juiz se coloca em contato, não com a ‘lide’, mas com a ação, quando é chamado, não a estabelecer qual é a regulamentação jurídica que melhor corresponde à realidade social diretamente observada, mas simplesmente a decidir se merece ser acolhida, em relação a um fato específico já enquadrado pelo agente em um esquema jurídico, a proposta de providência que lhe é apresentada por seu necessário colaborador” (CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, p. 237). Para Cândido Rangel Dinamarco, objeto do processo é a “pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 184). Segundo Mauro Cappelletti “objeto do processo é a relação jurídico-substancial ou o *status* substancial deduzido em juízo, que é ‘afirmado’ em juízo e a respeito do qual a parte igualmente sustenta a ‘necessidade de tutela jurisdicional’” (CAPPELLETTI, *As ideologias no...*, in: *Processo, ideologias e...*, v. II, p. 36). João de Castro Mendes classifica o objeto do processo em: material - a lide, entendida como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida; - e formal - a controvérsia, que é composta pelo conjunto das questões que o juiz deverá decidir, anotando que a atuação do juiz é limitada pelo objeto material e formal do processo (MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p.132). O processo é instaurado em razão do pedido de tutela jurisdicional apresentado ao Poder Judiciário pelo autor da demanda e para possibilitar o seu exame (o processo é, neste sentido, instrumento da jurisdição). Sendo assim, constitui objeto do processo todas as questões a serem decididas pelo juiz em razão do pedido de tutela jurisdicional a ele apresentado. Estas questões dizem respeito aos pressupostos processuais, às condições de ação e ao mérito da demanda.

Em favor deste sistema é afirmado que quanto maior o poder conferido ao juiz em matéria probatória, maior a possibilidade de alcançar a verdade e a justiça, diante do interesse de cada parte no acolhimento de sua própria pretensão e, com isto, de sua parcialidade.<sup>218</sup>

Observa Mauro Cappelletti que o sistema inquisitivo possui inspiração “publicista, no qual o juiz tem poderes de impulso processual ainda que não possa intervir, sem embargo, sobre o objeto deduzido em juízo, que permanece submetido à vontade exclusiva e monopolística das partes”.<sup>219</sup>

No *sistema misto*, a iniciativa da prova é atribuída às partes, mas ao juiz é conferido o poder para determinar as provas necessárias ao esclarecimento da verdade dos fatos controversos. Trata-se de modelo que se pode dizer dispositivo/inquisitivo, vez que contém elementos dispositivos e inquisitoriais.

Em verdade, como é observado por Giuseppe Chiovenda,

abstratamente se pode conceber o juiz como investido de todos os poderes necessários para descobrir a verdade (princípio *inquisitivo*) ou como constantemente sujeito à iniciativa da parte (princípio *dispositivo*); na prática, nenhum destes princípios se acha completo e consequentemente aplicado, mas se harmonizam em distinta proporção, segundo os lugares e as épocas.<sup>220</sup>

Também Hernando Devis Echandia adverte que,

em realidade, nenhum destes sistemas ou procedimentos se aplica com caráter exclusivo, de sorte que quando se diz, por exemplo, que um procedimento é dispositivo, com isto não se quer significar que este é o único que deva governar o processo. Em todos os sistemas legislativos se tem outorgado ao juiz certos poderes (maiores ou menores, segundo haja sido o influxo destes princípios), e ao mesmo tempo certas iniciativas exclusivamente às partes, de maneira que o juiz não pode tomá-las em seu lugar.<sup>221</sup>

<sup>218</sup> Consoante Roland Arazi, “no sistema inquisitivo, o juiz tem que investigar - sem outra limitação que a imposta pela lei - a verdade material, prescindindo das atividades das partes; não só pode iniciar de ofício o juízo, como está autorizado a buscar os fatos, descobrindo-os através dos que já conhece e utilizando qualquer meio tendente à averiguação da verdade. O juiz deve esquadrihar e considerar fatos que não lhe tenham apresentado os litigantes, e não pode admitir como certos, sem inquirições, os fatos em cuja verdade convieram estes” (ARAZI, *La prueba en el proceso civil*, p. 22). Trata-se de sistema probatório que corresponde ao sistema processual publicista: o processo é mecanismo de solução do conflitos de interesses e também de concretização dos direitos assegurados pela ordem jurídica, sendo esta concretização um interesse da sociedade, que é representada no processo pelo juiz, o que resulta na maior atribuição de poderes ao juiz, seja no impulso do processo, seja na produção da prova. Note-se que, mesmo neste sistema, é o pedido de tutela jurisdicional apresentado pelo autor da demanda autoriza a intervenção do juiz para a solução do conflito de interesses e as partes, por meio da ação e da defesa, limitam o alcance desta sua intervenção na solução do conflito de interesses.

<sup>219</sup> CAPPELLETTI, *Iniciativas probatórias...*, in: *Oralidade e pruebas en el...*, p. 130.

<sup>220</sup> CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 189.

<sup>221</sup> ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, p. 52.

Não existe, portanto, um modelo rigorosamente dispositivo ou inquisitivo. Os modelos tendem a combinar elementos dispositivos e inquisitivos, em proporções definidas consoante os contextos histórico-social e histórico-político em que são estabelecidos.<sup>222</sup>

A atribuição ao juiz de poderes instrutórios é defendida por Hernando Devis Echandia, para quem

executar justiça e obter uma sentença que se acomode à verdade e ao Direito, é questão de interesse social, qualquer que seja o ramo do direito objetivo a que corresponda a questão que constitui o objeto do processo: penal, civil, laboral, etc. No processo civil, se bem não se deve dar ao juiz faculdades tão amplas que eliminem sua posição imparcial no processo, a ele devem atribuir os poderes necessários para que a iniciativa das partes não sufoque seu critério nem burle os fins da lei processual, especialmente em matéria de prova, e para fazer efetiva a lealdade processual, a boa fé e a economia no processo, pondo freio às atividades dilatórias ou dolosas dos litigantes e busque aqui o princípio fundamental do processo moderno, sobre a proteção dos débeis, porque, como disse De la Plaza, ‘a inatividade do magistrado frente às deficiências de uma parte, pode desembocar em uma autêntica denegação de justiça.’<sup>223</sup>

Chaïm Perelman considera a atribuição de poderes instrutórios ao juiz uma forma de estabelecer a igualdade das partes,<sup>224</sup> observando Michele Taruffo, com esteio na lição de Mark Galender, que, “quanto maior é a atribuição de poderes às partes, tanto maior será a vantagem atribuída à parte mais rica, dotada de maior experiência e melhor organizada”.<sup>225</sup>

Para Cândido Rangel Dinamarco, impelem o ativismo probatório do juiz o dever de promover a igualdade das partes, a dignidade da jurisdição e a indisponibilidade de determinados direitos.<sup>226</sup>

José Roberto dos Santos Bedaque, assumindo como premissa que a finalidade do processo é a atuação do direito substancial, sustenta que

o interesse público na correta atuação da lei deve prevalecer sobre o interesse particular das partes em ver reconhecidos os seus direitos [...]. Para o processo, como instituto fundamental do direito processual, em primeiro lugar está o interesse da coletividade, já que sua finalidade é a realização do direito e a paz social [...] Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer, para os autos, retrato fiel da realidade jurídico-material. O processo é uma ‘atividade preordenada, aos menos tendencialmente, à realização da justiça’. Exatamente por isto é que se defende a concessão de poderes instrutórios ao juiz: para possibilitar que sua decisão seja

<sup>222</sup> A extensão dos poderes instrutórios do juiz é que servirá de parâmetro para estabelecer se um sistema prevalece o caráter dispositivo ou inquisitorial.

<sup>223</sup> ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, p. 52-53.

<sup>224</sup> PERELMAN, *Ética e direito*, p. 484.

<sup>225</sup> TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, p. 13, nota n. 36.

<sup>226</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 56.

conforme o direito; que represente, na medida do possível, a aplicação de norma adequada aos fatos apresentados.<sup>227</sup>

José Roberto dos Santos Bedaque conclui que

o art. 130 do Código de Processo Civil deve ser interpretado de maneira mais ampla possível: *o juiz pode, em qualquer caso, determinar a realização de provas [...].* No âmbito trabalhista, idêntica conclusão se aplica ao art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho [...]. A prova pertence a todos os que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo.<sup>228</sup>

A atribuição de poderes instrutórios ao juiz é vinculada pela doutrina, portanto, ao interesse social no respeito à ordem jurídica, à garantia de igualdade de armas entre as partes, ao respeito à dignidade da jurisdição e à preservação dos direitos indisponíveis.

Jaime Guasp admite a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, mas adverte, com razão, que ela não significa substituir a iniciativa das partes pela do juiz, afirmando que o juiz *pode* contribuir para a formação do material necessário para a decisão, mas não tem o dever de ordenar a produção de provas. Jaime Guasp observa que

defender a iniciativa judicial com caráter forçoso, ou seja, estabelecer o *dever* para o juiz de averiguação da verdade constituiria uma tese em extremo radical e praticamente de nulo resultado. Se o juiz tivesse que indagar a verdade, as partes perderiam o estímulo que hoje as move e, como vimos mais acima, não se trata de substituir a iniciativa privada pela do órgão decisor, mas simplesmente admitir a possibilidade da segunda quando, do não fazê-lo, pode resultar obscurecida ou denegada a realidade dos fatos que influem no litígio. O juiz não tem obrigação de formar a sua convicção psicológica em um processo civil; mas tem o direito a não deformá-la, e para isto o ordenamento jurídico deve conceder-lhe faculdades precisas e reconhecer a possibilidade de sua atuação com o propósito, verdadeiramente alto e nobre, de buscar em cada litígio a verdade.<sup>229</sup>

Michele Taruffo sustenta que é equivocada a distinção entre o sistema dispositivo e o inquisitivo, sob o argumento de que não existe na realidade modelo dispositivo ou inquisitivo puro, vez que todos os modernos sistemas processuais, dentre os quais o da Inglaterra posterior a 1999, o da Alemanha, o da França, o da Espanha, o da Itália, o da China e o dos Estados Unidos, investem o juiz de relevantes poderes para ordenar a produção de provas de ofício, sendo por ele acrescentado que o debate relativo aos dois sistemas é, muitas vezes, usado como arma ideológica, para

<sup>227</sup> BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 67,68 e 95.

<sup>228</sup> BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 159-160.

<sup>229</sup> GUASP, *Juiz e hechos en el proceso civil...*, p.120-121.

apoiar a crença de que um sistema adversarial é bom por si mesmo, porque corresponde à ideologia liberal clássica da sociedade, e também com a ideia de justiça civil, sendo uma estrutura baseada na livre competição entre indivíduos particulares ante um juiz ‘árbitro’ e passivo. Em sentido oposto, qualquer sistema inquisitivo se apresenta como intrinsecamente mal e, conseqüentemente, merecedor de recusa, porque outorga ao tribunal, isto é, ao Estado, a possibilidade de interferir no arranjo privado das partes, enquanto esses conflitos deveriam ser deixados à dinâmica da iniciativa individual e privada.<sup>230</sup>

Michele Taruffo esclarece que na raiz do problema estão diferentes suposições epistemológicas concernentes aos fins do processo, destacando-se:

- a) a tese segundo a qual “o propósito e a função do processo civil é a solução de disputas entre indivíduos privados [...]. A oportunidade das partes de serem ouvidas é unicamente um meio de induzi-las a aceitar a decisão final, seja lá o que for que ela diga. A assim chamada ‘teoria da justiça processual’ diz que a justiça depende exclusivamente da equidade no procedimento, não importando a qualidade e os conteúdos da decisão [...]. Neste contexto, não importa se a decisão final se baseia ou não em uma reconstrução fidedigna dos fatos do caso. A verdade dos fatos do caso não se considera como um propósito do processo civil e, portanto, o sistema processual não deveria estar orientado à busca da verdade [...]. O principal valor sobre o qual se baseia esta perspectiva é a completa e irrestrita liberdade das partes no contexto dos procedimentos judiciais”;
- b) “outro enfoque parte da suposição de que o principal propósito do processo civil é resolver disputas por meio de decisões que apliquem corretamente as previsões legais relevantes aos fatos do caso particular. Para a correta aplicação das normas, uma reconstrução fidedigna dos fatos aos quais as normas devem ser aplicadas é uma condição necessária (ainda que não suficiente), pela razão de que nenhuma regra legal pode ser corretamente aplicada aos fatos incorretos. Em outros termos, a decisão justa é o propósito final do processo civil, assim uma ponderação fidedigna dos fatos do caso é um requisito para uma decisão justa e, portanto, possui um valor instrumental, mas essencial.”<sup>231</sup>

<sup>230</sup> TARUFFO, Investigación judicial y..., *Revista Derecho*.

<sup>231</sup> TARUFFO, Investigación judicial y..., *Revista Derecho*. Para Piero Calamandrei, o escopo do processo não é somente a busca da verdade. mas “a justiça, da qual o accertamento da verdade é somente uma premissa” (CALAMANDREI, *Proceso e justicia. In Studi sul processo civile*, p. 15).

A questão envolve, ainda segundo Michele Taruffo, distintos pressupostos epistemológicos sobre a verdade, entrando em cena dois pontos de vista opostos: a impossibilidade da reconstrução fidedigna dos fatos no contexto do processo judicial e a possibilidade desta reconstrução, fundando-se esta última posição na concepção segundo a qual é possível “alcançar um conhecimento racional, desde que se empreguem os meios adequados” e que,

sem prejuízo dos limites que são intrínsecos na investigação judicial e na produção da prova, pode conseguir-se uma razoável aproximação da verdade dos fatos em juízo com base em uma prova adequada, especialmente quando os mecanismos processuais estão orientados à consecução de uma reconstrução fidedigna destes fatos.<sup>232</sup>

Michele Taruffo aduz que a iniciativa probatória das partes pode ser insuficiente para efeito do estabelecimento da verdade sobre os fatos, em especial porque nem sempre se pode delas esperar que colaborem efetivamente na descoberta da verdade e que a diferença de condições culturais e econômicas das partes pode fazer com que aquelas mais débeis não estejam em condições de fazer uso de seus direitos processuais, em prejuízo da verdade, afirmando que “estas razões estão na base de uma tendência geral existente em quase todos os sistemas processuais, no sentido de prover os tribunais com um papel ativo no esclarecimento e na definição apropriada das questões de fato e na produção de prova por sua própria iniciativa”.<sup>233</sup>

Michele Taruffo, adotando como premissa que a verdade é um dos propósitos do processo, propõe a adoção de um sistema de freios e contrapesos:

de um lado, as garantias processuais das partes requerem um completo e ativo controle pelo tribunal para efeito de seu exercício, assim para impedir seu abuso; por outro lado, as faculdades ativas do tribunal requerem fortes garantias das partes, para não degenerar em arbitrariedade e abuso de poder.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> TARUFFO, Investigación judicial y..., *Revista Derecho*. Michele Taruffo conclui que estas duas orientações estão relacionadas com a função atribuída à prova, que é entendida como *meios de persuasão* utilizados pelas partes para convencer o juiz de uma versão sobre os fatos que deve prevalecer sobre a outra (*função retórica da prova*) ou como *meio de conhecimento*, isto é, como informações mediante as quais o juiz realiza a reconstrução fidedigna dos fatos da causa (*função epistemológica da prova*).

<sup>233</sup> TARUFFO, Investigación judicial y..., *Revista Derecho*.

<sup>234</sup> TARUFFO, Investigación judicial y..., *Revista Derecho*.

Como já foi assinalado, a definição do papel do juiz no processo tem estreita relação ou sofre influência da definição da relação entre indivíduo e Estado. Com isso, ao Estado liberal seguiu o Estado social. Neste contexto, o *processo liberal* é substituído pelo *processo social*, sendo este marcado pela atuação ativa do juiz na solução do conflito de interesses a ele submetido, em nome da realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica, valendo lembrar que o direito existe na medida em que se realiza concretamente. Às partes são reservados o impulso inicial do processo e a definição do seu objeto, mas ao juiz é conferido poder para realizar o impulso sucessivo do processo e determinar a produção de provas. Contudo, o juiz não substitui a parte ou age como parte, atuando como terceiro imparcial, no sentido da realização concreta do direito material.

Luiz Correia de Mendonça afirma que é necessário superar o processo social, com a adoção da *teoria garantista*, que atribui ao processo a função de proteção dos direitos subjetivos das partes e o coloca a cargo de um juiz independente, terceiro e imparcial, sendo por ele esclarecido que

a independência do juiz não constitui por si um objetivo, antes supõe a subordinação exclusiva à lei. A condição do juiz como terceiro (*terzietà*), isto é, como sujeito 'à parte', estranho aos fatos e ao objeto do processo, é incompatível com a possibilidade de assumir funções que são próprias das partes (iniciar o processo, determinar ou alterar o seu objeto, tomar em consideração fatos não alegados, decidir a produção de provas dos fatos alegados, etc.). A imparcialidade, que é algo diverso da condição de terceiro ainda que dela complementar, pressupõe que as decisões do juiz sejam determinadas apenas pelo correto exercício da sua função de tutela dos direitos e interesses das partes, e não por qualquer outra inaceitável razão (preconceitos pessoais, força, dinheiro, estatuto social das partes, etc.). O Estado democrático deve garantir que todas as pessoas possam iniciar e desenvolver um processo em condições de igualdade. Para esse efeito, adotará as medidas consideradas necessárias, como a assistência judiciária gratuita a cargo do próprio Estado, mas não poderá o juiz de um processo concreto, enquanto terceiro e imparcial, assumir funções ou deveres de promoção dessa igualdade 'substancial'.<sup>235</sup>

Para Luiz Correia de Mendonça, na concepção garantista,

a disciplina do processo deve partir da consideração de que ela é para os particulares a garantia da prossecução do que estimam ser o seu direito ou interesse legítimo e deve desenvolver-se com sujeição estrita a essa lei reguladora [...]. Se é preciso evitar que as formas processuais sejam um obstáculo à tutela efetiva dos direitos das partes [...] não se pode esquecer que aquelas formas respondem a uma necessidade de ordem, de certeza e de eficiência e que a sua observância representa uma garantia de respeito pelos referidos direitos. No desenvolvimento de cada processo o juiz deve respeitar o contraditório e a igualdade das partes [...]. Através do processo,

<sup>235</sup> MENDONÇA, Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, p. 72-73.

procura-se reconstruir, dentro do humano e legalmente possível, os fatos do passado, com base nos quais se tutela as posições jurídicas que deles derivam.<sup>236</sup>

Conforme Luiz Correia de Mendonça, o reforço dos poderes do juiz, em especial o discricionário, em detrimento dos das partes, é uma característica do processo autoritário e que,

quando os poderes processuais das partes deixam de derivar da lei, para passarem a depender do poder discricionário do juiz, acabam por não ser mais poderes; quando se põe a cargo do juiz a heterogestão ou a cogestão dos interesses feitos valer no processo pelos particulares, não é apenas de um novo tipo de regulamentação que se trata; trata-se de substituir a auto-regulamentação por uma espécie de processo ‘intervencionado’ pelo Estado.<sup>237</sup>

Esta última fala demonstra que para Luiz Correia de Mendonça só há uma solução possível, que consiste em substituir a intervenção do juiz pelo reconhecimento às partes do direito de gerir com plena liberdade e autonomia o processo, transparecendo a ideia de que a atuação de um exclui, necessariamente, a do outro. Sob este prisma, é visto como neoabsolutista e antigarantista qualquer tentativa de atribuir poder probatório ao juiz.

Luiz Correia de Mendonça afirma que o processo civil foi infectado pelo vírus do autoritarismo, que se manifestou, segundo sustenta, na afirmação de que o processo não serve “para tutelar os direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares, mas para restaurar a norma material e o direito objetivo”, o que significa dizer que o processo não serve às partes, “mas, pelo contrário, eram estas que o serviam”, e no fato de se sentirem os juízes “ungidos por uma força estranha que os impelia não tanto a dirimir os concretos entre os seus concidadãos, mas a querer fazer justiça entre os homens”.<sup>238</sup>

Mariana França Gouveia propõe a adoção de processo que esteja a serviço do cidadão, com a compatibilização entre regras dispositivas, poderes de direção e dever de colaboração (entre as partes e entre estas e o juiz), informado pelo “respeito pleno pelos direitos e garantias das partes” e em que se assegure o “dispositivo (enquanto tradução processual da autonomia privada), o contraditório (enquanto direito fundamental de defesa), e a sindicabilidade (enquanto proteção inalienável contra o arbítrio) têm de estar assegurados”. Conclui esta autora que “não há donos do processo, nem há senhores da verdade. Há pessoas,

<sup>236</sup> MENDONÇA, Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, p. 77.

<sup>237</sup> MENDONÇA, Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, p. 65.

<sup>238</sup> MENDONÇA, Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, p. 65.

com problemas, com litígios normais decorrentes das relações humanas. É preciso resolvê-los, eficazmente. É necessário servir a solução, saciando quem a requereu”.<sup>239</sup>

Realizados estes registros, cumpre observar que a relação entre poderes instrutórios do juiz e a liberdade probatória das partes não é, necessariamente, de exclusão, não tendo a definição do papel instrutório do juiz como opções únicas o privatismo processual radical<sup>240</sup> e o publicismo processual radical.<sup>241</sup>

Proceder o juiz à busca da verdade material e de decisão justa não é, por si, sinal de autoritarismo, ao passo que adotar uma visão publicista do processo não significa, por si só, sujeitar as partes ao arbítrio do juiz. A intervenção do juiz na produção da prova não tem por consequência necessária negativa às partes da condição de sujeitos ativos do processo e, com isso, de titulares do direito de participar de forma útil da definição de seus direitos e obrigações. O poder do juiz e a liberdade das partes devem conviver harmoniosa e equilibradamente, estabelecendo entre eles uma relação de complementaridade, no sentido da maior aproximação possível da verdade.<sup>242</sup> Para que isso aconteça, é indispensável reconhecer às partes o direito de participar, de forma efetiva, da formação do provimento para o caso concreto, como forma de equilibrar as forças atuantes no processo (partes e juiz) e de permitir o controle dos atos do juiz na condução do processo.<sup>243</sup>

No processo, ao lado do interesse privado das partes está o interesse público no respeito à ordem jurídica democraticamente instituída, como fator de segurança e estabilidade nas relações sociais e de justiça social. A sociedade, embora não tenha interesse *no* litígio, tem interesse *na* sua solução.<sup>244</sup> Por conta desse interesse, ao juiz deve ser conferida liberdade para determinar as diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos relevantes para a solução do conflito de interesses a ser julgado. Com isto, o interesse privado (das partes) e o interesse público (da sociedade) devem ser harmonizados, na busca da realização concreta do direito assegurado pela ordem jurídica democraticamente instituída. Às partes cabe a

<sup>239</sup> GOUVEIA. Os poderes do juiz civil..., *Julgar*, p. 64-65.

<sup>240</sup> Centralidade das partes no processo; vinculação do respeito à ordem jurídica à vontade soberana das partes; processo como negócio entre as partes; liberdade das partes como valor predominante e excludente; justiça da decisão como decorrência da justiça do processo; desvinculação entre prova e verdade.

<sup>241</sup> Centralidade do juiz no processo; prevalência do interesse público na realização dos valores que informam a ordem jurídica. Na versão mais radical desde modelo, o próprio direito material é publicizado, sendo ao juiz atribuído poder de impulso inicial do processo, com a abolição do princípio da demanda.

<sup>242</sup> Em suma, entre o poder instrutório do juiz e a liberdade probatória das partes deve ser estabelecida uma relação moderada, respeitosa e construtiva.

<sup>243</sup> A participação das partes em todas as fases do processo legitima a decisão ao final produzida e ainda permite que elas controlem a sua produção.

<sup>244</sup> Como Adverte Francesco Carnelutti, “a composição da lide não é um fim em si mesmo, e sim um meio para a proveitosa convivência social” (CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 371).

iniciativa da ação e da defesa, mas o juiz deve participar ativamente da produção das provas necessárias ao esclarecimento dos fatos da causa, não tendo esta sua postura um valor *per se*, mas como norte o cumprimento da promessa constitucional de tutela efetiva dos direitos assegurados pela ordem jurídica.

O juiz deve colaborar com as partes, e estas com aquele, no intuito de alcançar uma decisão o mais próximo possível da realidade e em harmonia com a ordem jurídica, sendo esta uma exigência fundamental do Estado Democrático de Direito.<sup>245</sup>

O juiz que se municia de meios para a decisão justa do dissídio não pode ser considerado parcial ou autoritário. As partes agem em defesa de seus interesses. O juiz agirá na busca de uma justa decisão e da realização prática do direito assegurado às partes pelo ordenamento jurídico democraticamente instituído.<sup>246</sup>

O processo serve às partes e à ordem jurídica, fato que autoriza o juiz a atuar no sentido de que venha aos autos o maior número de elementos de convicção sobre os fatos controversos.<sup>247</sup> Consoante assinala Augusto M. Morello, “o processo é uma instituição social; os interesses que nele estão em jogo o transcendem”.<sup>248</sup> Daí, inclusive, a exigência de lealdade das partes e de imparcialidade do juiz na busca da solução do conflito de interesses e a

---

<sup>245</sup> Aduz Ernest Wolfgang Böckenförde que “a democracia responde à pergunta sobre quem é o detentor e titular do poder que exerce o domínio estatal [...] e, portanto, se refere à formação, à legitimação e ao controle dos órgãos que exercem o poder organizado do Estado e que realizam as tarefas encomendadas a este. O Estado de direito, pelo contrário, responde à questão do conteúdo, do âmbito e do modo de proceder da atividade estatal. Tende à limitação e vinculação do poder do Estado, com o fim de garantir a liberdade individual e social – particularmente mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais, a legalidade da Administração e a proteção jurídica por meio de tribunais independentes – e, nesta medida é um princípio configurador de natureza material e procedimental. Da conexão entre ambos princípios surge o Estado de direito democrático” (BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho e la democracia*, p.119). Estado de direito é o Estado que se encontra vinculado e submetido à lei (Estado *sub leges*) e que se manifesta por meio de leis gerais e abstratas (Estado *per leges*), devendo esta lei ser fruto da vontade soberana do povo (a lei não é ditada pelo soberano - absolutismo do soberano –, pelo Legislativo – absolutismo legislativo –, mas pelo povo, por meio de seus representantes livremente eleitos ou diretamente).

<sup>246</sup> João de Castro Mendes, discorrendo sobre o princípio dispositivo, aponta como sua característica o fato de que nele o processo é “dominado pela vontade das partes, que o podem eficazmente orientar nos sentidos - em direção aos resultados – que bem lhes pareçam”, ao passo que no princípio inquisitivo “o processo é dominado pela vontade daquele que o deve julgar, e que recebe da ordem jurídica poderes para o conduzir e orientar para uma decisão justa”. (MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, p.122-123). A nosso juízo, não se trata de fazer prevalecer uma ou outra vontade. Os interesses das partes e o da sociedade devem conviver harmoniosamente, sem que um prevaleça sobre o outro.

<sup>247</sup> A função do juiz não pode limitar-se à fiscalização do respeito ao procedimento probatório estabelecido pela ordem jurídica (devido processo legal), ao passo que a ele atribuir iniciativa probatória não é render graças ao subjetivismo, mas reconhecer que o processo tem uma relevante função social, que é a concretização do direito material. Entre a *concepção argumentativa ou retórica do processo* (o processo deve ser orientado “para permitir a melhor expressão dos argumentos das partes; segundo esta concepção, considera-se desejável que ganhe a ação a parte que apresentar os melhores argumentos, o que pode não coincidir com a parte que tenha razão”) e a *concepção heurística do processo* (o processo deve “ser construído para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos; de acordo com esta concepção, o processo só deve ser ganho pela parte que tiver a verdade do seu lado, ou seja, pela parte que tem razão”), segundo classificação de Miguel Teixeira de Sousa (SOUSA, Um novo processo..., in: *Revista de processo*, p. 212), há de se preferir a heurística, sem, contudo, negar o direito de ampla e útil participação das partes na construção do provimento e, com isso, na definição de seus direitos e de suas obrigações.

<sup>248</sup> MORELLO, *El proceso justo*, p. 17.

determinação no sentido de que o juiz, convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido em lei, profira decisão que obste aos objetivos das partes (art. 129 do CPC).

Como aduz Miguel Teixeira de Sousa,

o que se pede ao juiz é o exercício da função jurisdicional, e não a certificação, através da sentença, do que uma das partes conseguiu impor ou obter da outra em juízo. O objeto do processo pode ser um ‘assunto das partes’, mas a administração da justiça ‘em nome do povo’ (cfr. art. 202, n. 1, da Constituição portuguesa).<sup>249</sup>

Ademais, ao juiz não pode ser negada a possibilidade de atuar no sentido de julgar acertadamente e dele não pode ser exigida indiferença em relação ao direito deduzido, em especial os de natureza humana e fundamental.

Estabelecido ser lícito ao juiz determinar, de ofício, a produção de provas, cumpre definir a extensão deste seu poder. Duas são, consoante registra Alexandre Freitas Câmara, as soluções fornecidas pela doutrina a esta questão:

- a) a atividade do juiz é subsidiária: o juiz determinará a produção de provas somente para afastar dúvidas que resistiram à atividade probatória das partes;<sup>250</sup>
- b) o juiz deve desempenhar papel ativo na instrução: em razão do interesse público na solução do conflito, o juiz deve agir concomitantemente com as partes, cuidando para que sejam transportados para o processo todos os elementos de convicção possíveis.<sup>251</sup>

<sup>249</sup> SOUSA, Um novo processo..., in: *Revista de processo*, p. 211.

<sup>250</sup> Moacyr Amaral Santos aduz neste sentido que “o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado em casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem que o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranquila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar as diligências necessárias à instrução da causa” (SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2, p. 351).

<sup>251</sup> De acordo com Alexandre Freitas Câmara, “a correta interpretação do art. 130 do CPC é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz. E digo isto com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiaria), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto” (CÂMARA, Poderes instrutórios do juiz..., in: *Revista de processo*, p. 36).

A atuação do juiz no sentido da maior aproximação possível da realidade não tem caráter subsidiário. Concomitantemente com as partes e respeitando o seu direito de participar, da forma mais ampla possível, da formação do seu convencimento sobre a realidade dos fatos controversos, o juiz deve atuar no sentido de conhecer a verdade sobre os fatos controversos e relevantes para a solução da lide, como medida necessária para a justa solução do conflito de interesses.

Na definição do papel das partes e do juiz na instrução probatória, devem ser combinadas a teoria da justiça procedimental – a justiça da decisão está relacionada com o procedimento de sua construção – e a da justiça material processual – a justiça da decisão está em relação direta com o seu conteúdo –<sup>252</sup>, isso exige ampla liberdade para as partes e o juiz, na busca de elementos que permitam a maior aproximação possível da realidade dos fatos da causa. Impõe-se que se estabeleça o maior equilíbrio possível entre o juiz garantidor da regularidade do procedimento e o juiz garantidor dos direitos (“garantir os direitos significa assegurar sua realização concreta, sobretudo no plano dos efeitos da decisão, dos instrumentos executivos e da disponibilidade dos *remédios* adequados às exigências reais subjacentes à *litis*”<sup>253</sup>). O juiz deve atuar como garantidor do respeito ao devido processo legal e em defesa da ordem jurídica, mas sem desconsiderar o direito das partes de participar, com reais possibilidades de êxito, da formação do seu convencimento sobre a realidade dos fatos da causa.<sup>254</sup>

O sistema adotado pelo jurídico pátrio pode ser considerado misto. Com efeito, segundo o art. 130 do CPC, “Caberá ao juiz, de ofício ou requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.<sup>255</sup> De outro lado, consoante dispõe o art. 342 do CPC, o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal, das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. Conforme o art. 418, I, do CPC, o juiz pode ordenar, de ofício, a inquirição de testemunhas referidas nas declarações das partes ou das testemunhas. Por fim, prevê o art. 440 do CPC que o juiz pode, de ofício, inspecionar pessoas ou coisas, a fim

<sup>252</sup> A decisão deve ser justificada e legitimada pelo procedimento de sua construção e pelo seu conteúdo.

<sup>253</sup> TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, p. 167.

<sup>254</sup> Não se pode perder de vista que, como adverte Piero Calamandrei, “se os poderes do juiz do órgão jurisdicional não encontrassem um limite na iniciativa das partes, o processo mesmo tenderia a dissolver-se em ilimitado arbítrio do juiz, e todo direito dos cidadãos desapareceria em uma mera sujeição à autoridade” (CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, p. 395).

<sup>255</sup> O poder conferido ao juiz não é ilimitado, uma vez que a ele somente é dado determinar a produção de provas que sejam necessárias, sendo-lhe vedado ordenar a produção de prova inútil ou que somente proteja o proferimento de decisão.

de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Já a CLT reconhece ao juiz poder para “determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento” da causa (art. 765), arguir os peritos e assistentes técnicos (art. 827), interrogar as partes (art. 848) e determinar a realização das diligências que entender necessárias (art. 864). A CLT prevê, ainda, que o juiz dirigirá o processo com liberdade para “determinar as provas a serem produzidas” (art. 852-D). Assim, tanto o CPC quanto a CLT conferem ao juiz o poder para determinar, de ofício, a produção de prova, sem que isso implique negar às partes o direito de produzir prova dos fatos que alegam como fundamento de suas pretensões.

Neste contexto, o juiz não tem o dever de produzir prova, mas está autorizado a determinar a sua produção, quando necessária a sua intervenção para o esclarecimento de fatos controversos e relevantes para a decisão do conflito de interesses, repetindo-se que iniciativa probatória do juiz e direito à prova não se excluem, mas se complementam na busca da maior aproximação possível da realidade fática, como a condição para a justa decisão do conflito de interesses levado ao Poder Judiciário.

### **3.6 Finalidade da prova**

Tradicionalmente, afirma-se que a prova tem por finalidade convencer o juiz da veracidade ou falsidade dos fatos controversos. Contudo, a precisa definição da finalidade da prova deve levar em conta, além do juiz, as partes e a sociedade.

Para as partes, a finalidade da prova é convencer o juiz da ocorrência dos fatos alegados na ação ou na defesa (finalidade imediata<sup>256</sup>) e tornar possível o acolhimento da sua pretensão (finalidade mediata).<sup>257</sup> A prova constitui, ainda, instrumento jurídico-processual que possibilita a participação útil das partes litigantes na definição dos seus direitos e obrigações.

---

<sup>256</sup> Provar, sob este prisma, é fornecer ao juiz os elementos necessários à formação da sua convicção sobre a veracidade ou falsidade dos fatos controversos. Quando se diz que a parte produziu a prova que lhe cabia o que se pretende é assinalar que ela forneceu elementos de convicção suficientes para embasar a conclusão no sentido da veracidade do fato apontado como fundamento de sua pretensão.

<sup>257</sup> Provar, neste contexto, é fornecer ao juiz elementos suficientes para confirmar ou negar a existência do direito objeto de disputa.

Do ponto de vista do juiz, a prova tem como finalidade esclarecer os fatos da causa (finalidade imediata<sup>258</sup>) e viabilizar a prolação de decisão o mais próximo da realidade e justa (finalidade mediata).

A prova possui, ainda, finalidade social. Como aduz Hernando Devis Echandía,

a administração da justiça seria impossível sem a prova [...]. A prova [...] tem um fim extraprocessual muito importante: dar segurança jurídica às relações sociais e comerciais, prevenir e evitar os litígios e delitos, servir de garantia aos direitos subjetivos e aos diversos *status* jurídicos.<sup>259</sup>

Também Antonio Magalhães Gomes Filho atribui função social à prova, afirmando que

sobressai no procedimento probatório o seu caráter social, visto que a sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão [...]. O magistrado atua em função e no interesse de toda a sociedade, a quem deve prestar contas, para que sejam reconhecidas como válidas as conclusões do procedimento probatório.<sup>260</sup>

À prova não pode ser negada relevância social, na medida em que ela:

- a) possibilita a confirmação e realização concreta do direito objeto de disputa, contribuindo para a efetividade da ordem jurídica<sup>261</sup>, bem como para a inclusão e a justiça social;<sup>262</sup>
- b) viabiliza a participação das partes na construção da decisão no caso concreto e, com isso, na definição de seus direitos e obrigações, o que constitui uma exigência do Estado Democrático de Direito;
- c) operando em favor da realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica, favorece a proteção e a promoção da dignidade humana,

<sup>258</sup> Como assinala Antonio Carratta, a prova serve para “resolver um problema cognoscitivo acerca da veracidade/falsidade da afirmação de determinados acontecimentos” (CARRATTA, *Funzione dimostrativa...*, in: *Rivista di Diritto Processuale*, p. 77).

<sup>259</sup> ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, t. I, p. 14.

<sup>260</sup> GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, p. 18.

<sup>261</sup> Não se pode olvidar a importância da efetividade das normas que compõem a ordem jurídica, especialmente porque, como adverte Antônio Castanheira Neves, o direito constitui um “projeto axiológico da vida comunitária” ou “a projecção (o regulativo em ato) de um sentido axiológico no modo convivente da existência humana. Projecto de sentido axiológico que na humana convivência traduz o reconhecimento da dignidade da pessoa e se oferece como a realização da sua liberdade. O direito afirma a pessoa como pessoa, enquanto traduz a conquista, sempre por conquistar, da sua liberdade” (NEVES, *O papel do jurista...*, in: *Digesta – escritos...*, v. I, p. 17, 41). O processo serve, em suma, ao homem.

<sup>262</sup> A inclusão e a justiça social se dão pelo reconhecimento da titularidade de direitos e pela sua concretização.

quando se trate de disputa que envolva direitos humanos ou fundamentais, não podendo ser olvidado que a dignidade humana exige o respeito aos direitos humanos e fundamentais de que as partes são titulares no processo (dignidade humana no processo) e a realização concreta dos direitos materiais que lhe são inerentes (dignidade humana por meio do processo).

### 3.7 Dos meios de prova

#### 3.7.1 Fontes e meios de prova

De início, convém distinguir fonte e meio de prova. Tome-se como exemplo a prova testemunhal. Testemunha é a pessoa física estranha ao processo que comparece em juízo para prestar informações sobre fatos de que tem conhecimento. A testemunha é uma fonte de prova (fonte de onde o juiz irá colher os elementos necessários à formação do seu convencimento sobre os fatos controversos). O depoimento da testemunha constitui meio de prova (instrumento ou a técnica utilizada pelo juiz para retirar da fonte da prova informações sobre os fatos controversos). O mesmo raciocínio se aplica à prova pericial. A coisa ou pessoa objeto de exame por parte do perito constitui a fonte da prova e o laudo por ele elaborado, o meio de prova.<sup>263</sup>

As coisas (documentos, por exemplo<sup>264</sup>) e as pessoas (partes e testemunhas, por exemplo) são as fontes de onde podem ser retirados elementos de convicção sobre a veracidade dos fatos controversos e relevantes para o julgamento do litígio.

A distinção entre fonte e meio de prova é realçada por Paolo Tonini:

---

<sup>263</sup> No Código General del Proceso do Uruguai, é disposto (art. 146) que “São meios de prova os documentos, a declaração da parte, a de testemunha, o laudo pericial, o exame judicial e as reproduções de fatos”.

<sup>264</sup> Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora aduzem que, para efeitos processuais, documento, no sentido estrito, “é apenas o *escrito* que exprime uma *declaração de ciência* (como a correspondência epistolar, o relatório de um laboratório, o documento de quitação) ou uma *declaração de vontade* (como a escritura de compra e venda, o testamento cerrado ou público, o escrito de promessa de compra e venda, etc)”, ao passo que no sentido lato de documento “cabem, além dos escritos declarativos, os objetos materiais de outra natureza (como os discos, as fotografias, as películas cinematográficas, os planos urbanísticos, os marcos divisórios, as plantas topográficas, as árvores genealógicas, os desenhos, os esboços, os projetos e anteprojetos de obras materiais e outros elementos semelhantes) capazes de configurarem por outra forma, que não a comunicação verbal, um fato, uma coisa ou pessoa” (VARELA; BEZERRA; NORA, *Manual de direito processual civil*, p. 506).

*Fonte de prova* é tudo aquilo que é idôneo a fornecer resultados relevantes para a decisão do juiz, é fonte, por exemplo, uma pessoa, um documento ou uma coisa [...]. *Meio de prova* é instrumento por meio do qual o processo adquire um elemento que serve para a decisão (por exemplo, a prova testemunhal).<sup>265</sup>

Santiago Sentis Melendo aduz que “as *fontes* pertencem ao litigante, à parte; os *meios* tocam ao juiz”<sup>266</sup>, sendo por ele aduzido que

não é função do juiz buscar as fontes, isto incumbe à parte. As fontes correspondem às partes; os meios, ao juiz. Não é que as partes não possam propor ou requerer que se pratique determinados meios de prova; mas é difícil que o juiz saia em busca de fontes, como foi dito, esta não é a sua função [...]. As pessoas ou coisas são conhecidas pelas partes, são fontes, mas a sua inspeção ou reconhecimento pelo juiz é meio.<sup>267</sup>

José Lebre de Freitas afirma que

os meios de prova são, considerados na perspectiva dinâmica da sua manifestação como *factores probatórios*, fatos que provam outros fatos e, dum ponto de vista estático, pessoas (na prova pessoal) ou coisas (na prova real) que constituem *fontes de prova*. No caso da confissão, tomada como meio de prova, a fonte é a pessoa humana e o fato probatório o depoimento por ela produzido.<sup>268</sup>

A distinção entre meio e fonte de prova nem sempre é acolhida pela doutrina. C. J. A Mittermayer, por exemplo, afirma que

a ciência pouco tem a ganhar com tais investigações que com razão foram qualificadas de pura sutileza, Para o juiz elas são sem valor, e não vemos que interesse possa haver em reconhecer com Gensler na prova testemunhal um *meio de prova*, a saber, a *testemunha*, um motivo positivo de prova, a saber o seu *testemunho*. No sentido legal os meios de prova, ou, em uma palavra, as provas, são as fontes das quais o juiz retira os motivos de convicção.<sup>269</sup>

A doutrina alude, ainda, aos *motivos ou argumentos de prova*, como sendo “as razões que produzem mediata ou imediatamente a convicção do juiz (por exemplo, a afirmação de um fato influente no pleito, realizada por uma testemunha ocular; a observação direta de um dano, feita pelo juiz sobre o lugar)”<sup>270</sup> ou “as razões que determinam a convicção

<sup>265</sup> TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 52. Para Paolo Tonini, “no seu conjunto, a prova pode ser definida como um procedimento lógico que extrai do fato conhecido (exemplo: declaração de testemunha) a existência do fato a ser provado” (*Op. cit.*, p. 52).

<sup>266</sup> MELENDO, *La prueba*, p. 16.

<sup>267</sup> MELENDO, *La prueba*, p. 17.

<sup>268</sup> FREITAS, *A confissão no direito probatório*, p. 10.

<sup>269</sup> MITTERMAYER, *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 193.

<sup>270</sup> CHIOVENDA, *Principios del derecho procesal civil*, t. II, p. 299.

do juiz, razões derivadas dos meios de prova”.<sup>271</sup> É este o sentido da expressão elementos de prova utilizada no art. 345 do CPC.<sup>272</sup>

### 3.7.2 Meios de prova

Moacyr Amaral Santos assinala que,

por esses meios ou instrumentos, os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela sua reconstrução histórica (narração de testemunhas), ou sua representação (declaração constitutiva de atos, constante de documentos), ou sua reprodução objetiva (exame da coisa por peritos, ou pelo próprio juiz), ou, ainda, sob outras formas idôneas para atestar a sua existência, ou suficientes para se obter a ideia precisa da sua existência.<sup>273</sup>

Gian Antonio Michele aduz que os meios de prova são constituídos

a) pela representação dos fatos da causa efetuada por terceiro ou pelas partes; b) pela representação dos fatos mesmos através de coisas que levam em si a marca, o signo, a descrição, a memória dos fatos mesmos; c) pela constatação direta deles por parte do juiz, seja mediante inspeção direta, seja em virtude de presunções.<sup>274</sup>

Vicenzo Manzini afirma que “*meio de prova* é tudo o que pode servir diretamente à comprovação da verdade”.<sup>275</sup>

Friedrich Stein assevera que meios de prova “são declarações, testemunhos em sentido amplo, o estado das coisas que o juiz percebeu no transcurso do processo para fins de prova”.<sup>276</sup>

<sup>271</sup> REIS, *Código de processo civil anotado*, p. 239.

<sup>272</sup> “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”. Registre-se que, consoante prevê o art. 343, §3º, do CPC, constatada a recusa de depor, o juiz aplicará a pena de confissão ao demandado (esta mesma consequência se dá, no processo do trabalho, quando o preposto desconhece os fatos da causa: a recusa de depor é equiparada, no processo do trabalho, ao desconhecimento dos fatos da causa pela pessoa a quem o empregador atribuiu a sua representação em audiência).

<sup>273</sup> SANTOS, *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, p. 3.

<sup>274</sup> MICHELI, *Derecho procesal civil*, v. II, p. 123.

<sup>275</sup> MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, p. 208.

<sup>276</sup> STEIN, *El conocimiento privado del juez*, p. 41.

Meio de prova é, em suma, o instrumento, ou técnica, por meio do qual são adquiridos pelo processo ou para ele transportados os elementos que permitam formar a convicção do juiz sobre a ocorrência, ou não, dos fatos controversos.

### 3.7.3 Meios de prova admissíveis no processo civil e no processo do trabalho

A definição do regime jurídico da prova exige que se trate dos meios de prova admissíveis, sendo possível, a respeito, três soluções fundamentais:

- a) *tipicidade dos meios de prova*: os meios de prova são expressa e taxativamente indicados pelo ordenamento jurídico. Desta forma, “os meios de prova concretamente admissíveis são [...] aqueles e somente aqueles que o ordenamento configura especificamente”.<sup>277</sup>
- b) *liberdade dos meios de prova*: a ordem jurídica não define os meios de prova admitidos, devendo ser admitidos, em cada caso concreto, o meio mais idôneo para a demonstração da veracidade ou falsidade do fato controverso.
- c) *sistema misto*: a ordem jurídica aponta, com caráter exemplificativo, os meios de prova admissíveis (*prova típica*), sem impedir, contudo, a utilização de meios nele não previstos (*prova atípica*).

Esta última solução é adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, segundo o art. 332 do Código de Processo Civil, plenamente aplicável no processo do trabalho: “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”.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha (art. 299) adota a mesma postura, dispondo que constituem meios de prova: interrogatório das partes, documentos privados e públicos, laudo pericial, reconhecimento judicial e interrogatório de testemunhas. Nela prevê-se que “também serão admitidos, conforme o disposto nesta Lei, os meios de prova de

<sup>277</sup> MANDRIOLI, *Corso de diritto processuale civile*, v. II, p. 165.

reprodução da palavra, o som e a imagem, assim como os instrumentos que permitem arquivar e conhecer ou reproduzir palavras, dados, cifras e operações matemáticas levadas a cabo com fins contábeis ou de outra classe, relevantes para o processo e que “quando por qualquer outro meio não expressamente previsto nos itens anteriores deste artigo for possível obter certeza sobre fatos relevantes, o tribunal, a requerimento da parte, o admitirá como prova, adotando as medidas que em cada caso resultar necessárias”. É neste mesmo sentido o art. 146 do Código General del Proceso do Uruguai.<sup>278</sup>

É por meio da prova que as partes levam o juiz a conhecer a verdade e torna possível confirmar ou negar a existência do direito objeto de disputa. Sendo assim, às partes deve ser assegurada a mais ampla liberdade para atuar na formação da convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos controversos, o que exige que a elas seja possível dispor de todos os meios de provas idôneos à demonstração da ocorrência de tais fatos.

Com isto, para a demonstração da verdade dos fatos que alegam, as partes podem se servir de meios legais de prova (meio de prova previsto e disciplinado pela lei – prova típica) e de meios moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei (meio de prova não previsto e disciplinado pela lei – prova atípica), asseverando Antônio Carlos de Araújo Cintra que “a legitimidade moral exigida pela lei se manifesta pelo respeito à dignidade humana e pela adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente seus resultados” e que a previsão de que a parte pode valer-se de meios de prova não dispostos em lei, desde que moralmente admissíveis, “tem por objetivo evitar a arbitrária exclusão do processo [...] de qualquer instrumento que, embora não previsto pelo legislador, seja idôneo para demonstrar ou para apurar a veracidade de alegações de fatos relevantes para a justa decisão da causa”.<sup>279</sup> Já Cândido Rangel Dinamarco aduz que a referência a meios de prova moralmente legítimos “deve ser lida como fontes de prova obtidos ou manipuladas por meios lícitos”.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> 146.1 “São meios de prova os documentos, a declaração da parte, a de testemunhas, o laudo pericial, o exame judicial e as reproduções de fatos”. 146.2 “Também poderão utilizar-se outros meios probatórios não proibidos pela regra de direito, aplicando-se analogicamente as normas que disciplinam os expressamente previstos pela lei”.

<sup>279</sup> CINTRA, *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, p. 17-18.

<sup>280</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 49.

Podem ser citados como exemplo de prova atípica a prova emprestada,<sup>281</sup> as verificações realizadas no bojo das diligências levadas a efeitos por oficial de justiça e a prova estatística.<sup>282</sup>

Observa Paolo Tonini, porém, que “a noção de ‘prova atípica’ não é pacífica, podendo ser citadas pelo menos três definições. Segundo uma primeira aceção, atípica seria a prova que visa obter um resultado diferente daquele perseguido pelos meios de prova tipificados no Código. A atipicidade consiste no resultado e não na modalidade de produção [...]. Como segunda aceção, atípica seria aquela prova produzida por meio diverso daquela que é produzida por um meio típico. Neste caso, a atipicidade consiste na diversa modalidade de prova, por exemplo: a prova testemunhal pressupõe a presença do declarando. Se este é ouvido por meio de recurso audiovisual, existe uma modalidade atípica de produção por um meio que, todavia, típico [...]. Na terceira concepção, atípica seria aquela prova que visa a obter, mediante um meio de prova típico (por exemplo, a prova testemunhal), o resultado de um meio diverso, também típico (por exemplo, o reconhecimento de pessoa [...]. Nesse caso, a atipicidade consiste na utilização de um meio de prova para alcançar um resultado que se obteria por um diverso meio de prova, também típico”.<sup>283</sup> A estas três definições pode ser acrescentada uma quarta, que é a adotada nesta pesquisa: prova atípica é aquela não prevista e disciplinada pelo ordenamento jurídico.<sup>284</sup>

O Código Civil de 2002 aponta como meios de prova: confissão,<sup>285</sup> documento, testemunha, presunção e perícia (art. 221). O Código de Processo Civil faz alusão aos seguintes meios de prova: depoimento das partes (arts. 342 e 343), confissão (art. 348), documentos (art. 364), depoimento de testemunhas (art. 400), laudo pericial (arts. 420, 433 e

<sup>281</sup> A prova emprestada decorre da eficácia extraprocessual da prova, o que possibilita utilizar em um processo as provas produzidas em outro. A possibilidade de utilização de prova emprestada é expressamente admitida pelo art. 526 do Código de Processo Civil de Portugal: “Os depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra essa mesma parte...”. No mesmo sentido estabelece o art. 145 do Código General del Proceso do Uruguai: “As provas praticadas validamente em um processo podem ser transferidas para outro e terão eficácia similar às que tenderiam a ser diligenciadas neste último processo, sempre que no primitivo forem produzidas a pedido da parte contra quem se aduzem ou com a sua audiência”. No Projeto de Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei do Senado 166/2010), prevê-se, no art. 260: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

<sup>282</sup> A prova por estatística é de grande utilidade na apuração da responsabilidade da empresa por danos decorrentes de acidentes de trabalho, vez que permite averiguar a sua postura em relação à prevenção de acidentes, por exemplo.

<sup>283</sup> TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 110-111.

<sup>284</sup> A tipicidade ou a atipicidade da prova não têm, neste contexto, relação com a eficácia que a ela pode ser conferida na formação do convencimento sobre a verdade dos fatos alegados em juízo.

<sup>285</sup> A rigor, meio de prova é o depoimento da parte, e não a confissão nele contida. Na confissão, a fonte da prova é a parte e o meio de prova, o seu depoimento.

436) e inspeção judicial (art. 440<sup>286</sup>). A Consolidação das Leis do Trabalho aponta como meios de prova depoimento das partes e de testemunhas (art. 819), laudo pericial (arts. 827 e 852-H) e documentos (arts. 787 e 830).

Merecem especial referência as presunções, diante de sua forte incidência no direito processual do trabalho, notadamente porque os princípios de direito do trabalho<sup>287</sup> e as normas que impõem a pré-constituição da prova por parte do empregador<sup>288</sup>, quando transportados para o processo do trabalho, resultam no estabelecimento de presunções, favoráveis ao trabalhador e, com isso, na inversão do ônus da prova,<sup>289</sup> podendo esta inversão resultar, ainda, da aplicação de uma máxima de experiência.

Presunções são as ilações da lei<sup>290</sup> ou do julgador<sup>291</sup>, a partir das quais se parte de fato conhecido (indício<sup>292</sup>) para afirmar a ocorrência de fato desconhecido, que têm por base ilações da experiência. Trata-se, assim, de um processo mental, por meio do qual, partindo-se de um fato conhecido, chega-se ao conhecimento de um fato desconhecido.<sup>293</sup> A presunção não é um meio de prova, mas é a este equiparado, na medida em que permite ao juiz conhecer a realidade fática (fato desconhecido), mediante raciocínio que parte de um indício (fato conhecido) e que se assenta na conexão entre estes mesmos fatos.<sup>294</sup> As presunções podem ser absolutas ou relativas, isto é, que não admitem ou que admitem prova em sentido contrário, respectivamente.

---

<sup>286</sup> A prova por inspeção consiste na percepção dos fatos controversos diretamente pelo juiz, como resultado de exame de coisas ou pessoas. A fonte de prova contém informação à qual se tem acesso através do meio de prova. Com isso, a inspeção judicial, por permitir colher na fonte de prova (pessoa ou coisa) os elementos necessários ao conhecimento da realidade dos fatos, constitui um meio de prova.

<sup>287</sup> A presunção de continuidade da relação de emprego transfere para o empregador o ônus de provar que foi do trabalhador a iniciativa ou a responsabilidade pela rescisão do contrato de trabalho, por exemplo.

<sup>288</sup> A ausência de constituição da prova documental sobre a jornada de trabalho autoriza presumir a veracidade da jornada de trabalho alegada pelo autor como fundamento do pedido de horas extras.

<sup>289</sup> As presunções relativas constituem regras de distribuição do ônus da prova.

<sup>290</sup> Presunção legal: a lei atribui a um fato força probante em relação a outro fato, por considerar ser este efeito necessário daquele.

<sup>291</sup> Presunção simples ou judicial: ilações que o juiz retira de fato conhecido para formar a sua convicção sobre o fato desconhecido.

<sup>292</sup> Indícios, para Friedrich Stein, “são fatos conhecidos, vale dizer, acontecimentos ou circunstâncias, a partir dos quais e por meio da experiência, se pode conhecer outros fatos que estão fora do processo e constituem o objeto da prova” (STEIN, *El conocimiento privado del juez*, p. 41-42).

<sup>293</sup> Conforme o art. 2.727 do Código Civil Italiano: “A presunção constitui no induzir de um fato desconhecido a existência de um fato ignorado”.

<sup>294</sup> Trata-se da denominada *prova crítica ou indireta*, isto é, da prova que não recai diretamente sobre o fato controverso, mas sobre outro fato, a partir do qual é possível concluir pela ocorrência ou não do fato controverso. A prova crítica difere da prova *histórica* ou *direta*, que têm por objeto o próprio fato controverso.

### 3.8 Procedimento probatório

#### 3.8.1 Noções gerais

A produção da prova comporta vários atos, cujo conjunto forma o procedimento probatório. As normas que disciplinam o procedimento probatório estabelecem o modo de proceder em juízo para a eficaz demonstração da veracidade dos fatos controversos.

O procedimento probatório pode ser entendido em sentido restrito, abrangendo a proposição/postulação, a admissão e a produção da prova, e em sentido amplo, incluindo-se nela também, além dos atos anteriores, a valoração da prova.

Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, adotando uma concepção restrita do procedimento probatório, nele incluem: a proposição ou requerimento da prova (“ato pelo qual uma das partes *requer* ao juiz a admissão (prova pré-constituída) ou a produção (prova constituenda) de determinado meio de prova”); a admissão da prova; a produção da prova (“momento capital das provas constituendas, no qual se extrai da fonte oferecida (a testemunha, o perito, a parte) o respectivo meio probatório”); e a assunção da prova (“fase destinada a incorporar no processo o meio probatório produzido. Consistirá, quanto à prova documental, na junção dos documentos; quanto à prova pericial, na incorporação do auto de respostas do perito [...]; quanto à prova testemunhal, na junção ao processo [...] do depoimento da testemunha mandada ouvir por precatória [...] ou do depoimento escrito da testemunha que não tenha sido ouvida perante o tribunal coletivo”).<sup>295</sup>

Vicenzo Manzini inclui a valoração da prova no procedimento probatório, afirmando que os atos processuais concernentes à instrução do processo podem ser agrupados em três categorias: *produção*, *recepção* e *valoração da prova*:

- I A *produção* da prova consiste em uma manifestação ou declaração de vontade feita por um sujeito da relação processual e dirigida a introduzir no processo um determinado meio de prova (*elemento de prova*);<sup>296</sup>

<sup>295</sup> VARELA; BEZERRA; NORA, *Manual de direito processual civil*, p. 495-497.

<sup>296</sup> Trata-se, com mais propriedade, da proposição da prova.

- II A *recepção* da prova consiste no fato de tomar conhecimento, no modo prescrito pela lei, do elemento de prova produzido no processo [...];<sup>297</sup>
- III A *valoração* da prova consiste na análise crítica, feita pelo magistrado, do resultado do exame probatório.<sup>298</sup>

Adota-se aqui concepção ampla do procedimento probatório, que tem como momentos fundamentais a proposição/postulação da prova, o exame da admissibilidade da prova/saneamento, a produção da prova e a valoração da prova. Compõem o procedimento probatório, destarte, os atos voltados à introdução da prova no processo e também a valoração dos elementos de prova constantes do processo.

É importante mencionar o que anota Paolo Tonini: “Se ‘provar’ significa convencer o juiz da existência do fato afirmado, por conseguinte o próprio fato deve ser ‘apresentado’ ao juiz, o que se faz mediante um meio de prova. As partes têm o ônus de investigar as fontes de prova e de trazer ao processo os meios de prova. Trata-se de um ônus denominado ‘formal’, que se diferencia do ônus ‘substancial’ da prova [...]. O ônus de introduzir a prova atribui às partes a tarefa de investigar as fontes de prova, de valorar a necessidade do meio de prova a fim de obter um resultado vantajoso, qual seja o deferimento do pedido, e de requerer ao juiz a admissão do meio de prova”.<sup>299</sup> Lembre-se, ainda, que, como adverte Giuseppe Chiovenda, “ninguém é melhor juiz que a parte no tocante às provas de que pode dispor e no que respeita aos seus interesses individuais”.<sup>300</sup>

Existe, portanto, uma fase pré-processual da produção da prova, na qual as partes investigam as fontes de prova disponíveis e idôneas para a demonstração da veracidade dos fatos que fundamentam as suas pretensões.

### 3.8.2 Das fases do procedimento probatório

O procedimento probatório comporta, consoante foi assinalado anteriormente, várias fases, quais sejam:

<sup>297</sup> Aqui é que se pode falar, com mais propriedade, em produção da prova.

<sup>298</sup> MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, p. 198-199.

<sup>299</sup> TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 66.

<sup>300</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 415.

**I) proposição/postulação da prova:** as partes indicam ao juiz os meios de prova com que pretendem demonstrar a veracidade dos fatos alegados como fundamentos das suas pretensões ou a ele apresentam a prova pré-constituída.<sup>301</sup>

No processo civil, a proposição/postulação da prova é realizada, no primeiro momento, na petição inicial e na contestação (arts. 282, VI, e 300 do CPC).

Ainda no processo civil, não sendo contestada a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretende produzir (art. 324 do CPC). A determinação de especificação das provas, quando dirigida ao autor e réu, poderá ocorrer depois das providências preliminares previstas nos arts. 323 a 327 do CPC,<sup>302</sup> na fase de saneamento do processo, se a hipótese não for de julgamento conforme o estado do processo (art. 328).<sup>303</sup> Não sendo a hipótese de julgamento conforme o estado do processo e versando a causa sobre direitos que admitem transação, será designada audiência preliminar, na qual, como dispõe o art. 331, §2º, do CPC: “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”. Contudo, advirta-se: “Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º” (art. 331, §3º, do CPC).

No processo do trabalho, como regra, é na audiência, depois de frustrada a tentativa de conciliação e produzida a defesa, que as partes irão especificar, oralmente, as provas que pretendem produzir (arts. 846, 847 e 848 da CLT).

**II) exame de admissibilidade da prova:** indicadas, pelas partes, as provas que pretendem produzir<sup>304</sup>, ao juiz compete proceder ao exame de sua admissibilidade, definindo aquelas que serão produzidas.

Para tanto, o juiz deverá verificar:

---

<sup>301</sup> A petição inicial deve ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (arts. 283 do CPC e 787 da CLT).

<sup>302</sup> Depois de findo o prazo para a resposta do réu, o juiz determinará, conforme o caso, as providências preliminares (art. 323 do CPC), que podem consistir em: determinação ao autor para que especifique as provas que pretende produzir, se não houver contestação e não ocorrer o efeito da revelia (art. 324); concessão ao autor de oportunidade para requerer a declaração incidente (art. 325); oitiva do autor sobre fato impeditivo, modificativo ou extintivo alegado pelo réu na contestação (art. 326) ou preliminares por este suscitadas na sua contestação (art. 327).

<sup>303</sup> O julgamento conforme o estado do processo pode consistir em extinção do processo sem provimento de mérito (art. 329 do CPC) e julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC).

<sup>304</sup> Às partes é lícito indicar as provas a serem produzidas e o resultado que pretendem alcançar como cada meio de prova proposto. A indicação dos resultados perseguidos facilita o exame de sua admissibilidade.

- 1) a proposição da prova como ato processual: verificação das condições de eficácia da proposição da prova, o que implica exame do lugar, tempo e prazo da proposição da prova pela parte;<sup>305</sup>
- 2) a licitude do meio de prova proposto;<sup>306</sup>
- 3) a idoneidade ou utilidade da prova: verificação da idoneidade ou aptidão do meio de prova proposto para demonstrar a veracidade dos fatos controversos;<sup>307</sup>
- 4) a necessidade da prova que as partes pretendem produzir.

O exame da necessidade da prova envolve a indagação sobre:

- a) a prévia alegação do fato que se pretende provar: somente os fatos alegados pelas partes podem ser objeto de prova;
- b) a pertinência da prova: exame da pertinência do fato que se pretende provar com o objeto da demanda. Não podem ser objeto de prova os fatos impertinentes, isto é, que não tenham relação, direta ou indireta, com o objeto da demanda;<sup>308</sup>

<sup>305</sup> Os atos probatórios são atos processuais. Nessa condição, estão sujeitos aos requisitos de eficácia dos atos processuais em geral. Como assinala José Frederico Marques, “os atos probatórios estão subordinados, primeiramente, à disciplina geral dos atos processuais. Em seguida há as regras próprias do procedimento probatório em geral, e, por fim, os preceitos particulares de cada um dos meios de prova” (MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 386).

<sup>306</sup> Ao tema retornaremos mais adiante.

<sup>307</sup> Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê, no art. 283, 2: “Tampouco devem admitir-se, por inúteis, aquelas provas que, segundo regras e critérios razoáveis e seguros, em nenhuma hipótese podem contribuir para o esclarecimento dos fatos controversos”. Eduardo Couture examina a questão sob a ótica da admissibilidade da prova, observando que “de prova admissível ou inadmissível se fala para referir-se à idoneidade ou falta de idoneidade de um meio de prova determinado para demonstrar um fato. Não se trata do objeto da prova, mas dos meios aptos para produzi-la” (COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 238).

<sup>308</sup> Ensina Eduardo Couture que “prova *pertinente* é aquela que versa sobre as proposições e fatos que são verdadeiramente objeto de prova. Prova *impertinente* é, ao contrário, aquela que não versa sobre as proposições e fatos que são objeto de demonstração. Uma prova sobre um fato não articulado na demanda [...] ou na contestação [...] é prova impertinente.” (COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 238). O direito processual do trabalho contém regra expressa sobre a vedação da prova impertinente, consoante se vê do art. 852-C da Consolidação das Leis do Trabalho, que confere ao juiz o poder para indeferir a prova impertinente. Nos Estados Unidos da América, prevê a regra n. 402 da *Federal Rules of Evidence* que são admitidas todas as provas pertinentes, salvo disposição constante da Constituição, de Lei editada pelo Congresso ou de regras estabelecidas pela Suprema Corte no âmbito de sua competência, e que é inadmissível a prova impertinente. Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê, no art. 283, I: “Não deverá ser admitida nenhuma prova que, por não guardar relação com o que seja objeto do processo, tenha que ser considerada impertinente”. Joan Pico I Junoy afirma que a pertinência da prova diz respeito ao meio de prova proposto, afirmando que a impertinência deve “predicar-se ao meio probatório proposto e não ao fato sobre o qual versa a prova [...]. O que se declara impertinente na decisão judicial não é um fato (ou sua afirmação), mas o meio de prova proposto por uma das partes” (NUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 44-45). Registra Joan Pico I Junoy que “entendemos com TARUFFO, que uma prova é pertinente quando responde à função que lhe é própria, isto é, quando o fato sobre o qual versa a prova supõe um elemento útil para a declaração judicial do *factum probandum*. Em consequência, quando falte a citada relação lógica do juízo de pertinência a prova proposta

- c) a relevância jurídica da prova: verificação da relevância do fato a ser provado para a constituição, impedimento à constituição, modificação ou extinção do direito objeto de disputa ou relevância do resultado da prova para a solução da lide. Não podem ser objeto de prova os fatos irrelevantes, isto é, fatos que, embora tenham relação com a demanda, não têm efetiva influência no julgamento da pretensão das partes.<sup>309</sup> O juiz deve, ao examinar a admissibilidade de uma prova e valorar a sua relevância, verificar se “a demonstração daquele fato tem influência sobre a formação da sua convicção para a decisão da causa; em outros termos, se aquela prova é relevante para a decisão [...]. Este juízo instrumental [...] implica valoração antecipada, provisória, de quais seriam os efeitos da prova, tendo em conta prováveis diversos resultados, derivados da prova mesma”;<sup>310</sup>
- d) a incidência de regra de exclusão da prova: presença de uma das situações indicadas no art. 334 do CPC;<sup>311</sup>
- e) a existência de limites legais estabelecidos em relação à fonte de prova de que a parte pretende se valer;<sup>312</sup>

---

deverá ser inadmitida, tal e como sucede nos casos em que não existe uma adequação ou idoneidade do meio probatório para demonstrar o fato integrante do *thema probandi*. Assim, pensemos, por exemplo, na proposição de uma prova testemunhal para demonstrar fatos sucedidos anos antes de haver nascido a testemunha” (*Op. cit.*, p. 46-47). Joan Pico I Junoy denomina *pertinència* do meio de prova o que tratamos sob o título de *idoneidade* ou *utilidade* da prova. A *pertinència* da prova diz respeito ao fato e, a idoneidade, ao meio para demonstrar a sua veracidade.

<sup>309</sup> Jordi Ferrer Beltrán, depois de chamar a atenção para o estudo dos *filtros para a admissão da prova*, afirma que o primeiro deles, de natureza epistemológica, “prescreve a admissão de toda prova que aporte informação relevante sobre os fatos que se julgam [...]. Uma prova é relevante se fornece apoio ou refutação de alguma das hipóteses fáticas do caso à luz dos princípios gerais da lógica e da ciência [...]. Um elemento de juízo é relevante para a decisão sobre a prova de um enunciado fático se e somente se permite fundar nele (por si só ou conjuntamente com outros elementos) uma conclusão sobre a verdade do enunciado fático a provar” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 42 e 71). Como esclarece Andrea Proto Pisani, “o juízo de relevância tem sempre como ponto de partida a individualização e a interpretação da *fatispecie* legal abstrata sob a qual subsume o direito feito valer em juízo” (PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 407). Portanto, já na definição das provas a serem produzidas, é indispensável invocar a norma regente do caso concreto, o que demonstra que o silogismo judicial, que considera fatos e normas como elementos independentes, não se sustenta.

<sup>310</sup> MICHELI. *Derecho procesal civil*, v. II, p. 90-91. É de suma importância a participação das partes no exame da relevância da prova, vez que aquilo que aos olhos do juiz não tem relevância, pode para a parte ser de suma relevância. Não se pode olvidar, ainda, que o juiz de primeira instância pode não ser o único a examinar a demanda e aquilo que lhe parece irrelevante pode ser considerado indispensável para outro julgador. Com isso, além de ouvir as partes, o juiz deve ter em conta a possibilidade de reexame da relevância da prova na Instância Superior, o que aconselha adotar como premissa que toda prova proposta é relevante. Do ponto de vista da economia processual, mais vale produzir uma prova irrelevante do que não produzir uma determinada prova e, posteriormente, anular o processo, para que ela seja produzida.

<sup>311</sup> Como aduz Paolo Tonini, “a prova não deve ser *superflua*, ou seja, não deve servir para a obtenção de um resultado conhecido já adquirido” (TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 61).

<sup>312</sup> O ordenamento pátrio estabelece limites à admissibilidade da prova testemunhal quanto ao número de testemunhas de que a parte pode lançar mão, por exemplo.

- f) a legitimidade da parte para propor a prova por ela indicada e o seu interesse na sua produção: a prova deve ser proposta e produzida pela parte que tem o ônus de fazê-lo;
- g) a possibilidade da prova: o fato a ser provado deve ser *possível*, como também deve ser *praticável* a demonstração de sua veracidade.<sup>313</sup>

Piero Calamandrei divide o exame de admissibilidade da prova em duas operações:

- a) a admissibilidade, que “constitui requisito de *mera legalidade*, atinente ao respeito às normas que prescrevem a forma em que devem ser propostos certos meios de prova [...] ou às normas que impõem a proibições e limitações à admissão de certos meios de prova em relação à natureza dos fatos a provar”; e
- b) a relevância, que “é requisito que afeta [...] à “prudente apreciação” do juiz, chamado a dar uma avaliação antecipada e hipotética das consequências jurídicas que se seguiriam dos fatos deduzidos em prova, se fossem provados [...]. O juízo a respeito da relevância avalia de antemão a elaboração jurídica que se poderia inferir do êxito da prova proposta”.<sup>314</sup>

No mesmo sentido, observa Eduardo Cambi que

a admissibilidade é um requisito de *mera legalidade*, atinente às regras que prescrevem a *forma* pela qual certos meios de prova devem ser propostos [...], ou concernente às regras que propõem *proibições e limitações* à admissão de certos meios de prova, em relação à natureza de certos fatos a serem provados [...]. O juízo de admissibilidade está baseado em *critérios jurídicos* de escolha dos elementos probatórios que podem ser utilizados no processo, acarretando a possibilidade de restrição a determinados meios de prova [...]. Prova inadmissível é aquela que não pode entrar no processo.<sup>315</sup>

<sup>313</sup> Os progressos da ciência têm reduzido, em grande escala, as situações de impossibilidade de produzir prova de determinados fatos.

<sup>314</sup> CALAMANDREI, Verità e verosimiglianza..., in: *Studi sul processo civile*, p. 121. Esclarece Piero Calamandrei que na linguagem forense, ao invés de prova relevante, se fala, como significado análogo, de provas ‘pertinentes’, ‘concernentes’, ‘conclusivas’; são expressões que em substância querem dizer todas a mesma coisa, enquanto, partindo da hipótese de que os fatos deduzidos em prova sejam provados, tendem a estabelecer, mediante uma antecipada subsunção dos fatos sob a norma, se há nexo de causa e efeito entre tais fatos e a consequência jurídica que a parte pretende extrair a seu favor (*Op. cit.*, p. 121).

<sup>315</sup> CAMBI, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 19, 32-34.

Assevera Andrea Proto Pisani que o exame de admissibilidade decorre da necessidade de evitar a prática de atos inúteis e de realizar a exigência de simplificação e economia processuais,<sup>316</sup> cumprindo acrescentar a necessidade de solução do litígio no menor espaço de tempo possível, o que permite afirmar que o juízo de admissibilidade tem por finalidade evitar a prática de atos inúteis e desnecessários, em cumprimento às exigências de economia, celeridade e simplificação na solução das demandas levadas ao Poder Judiciário.

O estabelecimento no procedimento probatório de fase voltada ao exame da admissibilidade da prova indica que não foi adotado, pelo ordenamento jurídico pátrio, o sistema da liberdade plena em matéria probatória, entendida esta, à luz dos ensinamentos de Michele Taruffo, como:

- a) admissão das provas, na qual a liberdade significa ausência de normas de exclusão de provas e, portanto, está admitida a possibilidade de que as partes utilizem todos os elementos de prova relevantes de que disponham;
- b) a formação da prova, na qual a liberdade significa ausência de normas que regulamentem o modo em que as provas se constituem, no processo e fora dele;
- c) a valoração das provas, na qual a liberdade significa ausência de normas que predeterminem, vinculando o juiz e as partes, o valor que deve ser atribuído a uma prova na decisão; e, finalmente,
- d) a eleição dos elementos úteis para a decisão por parte do juiz, em que a liberdade significa que o juiz pode buscar livremente os elementos de prova e não está vinculado por normas sobre a eleição as provas que devem fundamentar o juízo de fato.<sup>317</sup>

Embora a liberdade não seja plena, estando afastada a ideia de abolição de qualquer limite à atividade probatória das partes e do juiz, no exame da admissibilidade da prova cumpre ter presente que deve ser incorporado ao processo o maior número possível de elementos de convicção sobre os fatos relevantes para o julgamento da demanda. Isso significa que no juízo antecipado e hipotético sobre o seu resultado da prova, que é realizado no exame da sua admissibilidade, deve-se presumir que a prova, se produzida, contribuirá para a definição dos direitos e obrigações das partes (*relevância material da prova*), não podendo ser desconsiderado

---

<sup>316</sup> PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 405.

<sup>317</sup> TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 360.

que quanto mais elementos de convicção existirem no processo, mais justificada e, com isto, legitimada, estará a decisão produzida (*relevância procedimental da prova*).

III) produção da prova: admitida a prova proposta pela parte, passa-se à sua produção, isto é, à incorporação ao processo dos elementos de convicção fornecidos pelas fontes de prova;<sup>318</sup>

IV) valoração da prova: definição da eficácia da prova produzida na formação do convencimento sobre a ocorrência dos fatos controversos.

Como adverte Kazuo Watanabe, analisar bem as provas e avaliar corretamente os fatos “é condição fundamental para a prática da justiça”.<sup>319</sup>

O juiz deverá valorar a prova, isto é, definir o seu valor na formação do seu juízo sobre os fatos controversos, para, com isso, estabelecer a verdade sobre ele.

Consoante assevera Erich Döring,

a valoração da prova tem por finalidade esclarecer até que ponto merecem fé diversos elementos probatórios (declarações, documentos, indícios). O julgador quer verificar se esses elementos proporcionam uma base suficiente para dar por assentados os fatos que constituem o verdadeiro objetivo do saber. Se trata quase sempre de apreciar os meios probatórios, isto é, de ponderar se um documento é autêntico e seu conteúdo verdadeiro, se uma testemunha expôs os fatos tal como foram, se uma fotografia reflete fielmente os pontos substanciais, etc.<sup>320</sup>

Contudo, a valoração da prova não é ato exclusivo do juiz. As partes também participam na valoração da prova, posto que, produzida a prova e encerrada a fase probatória,

<sup>318</sup> As provas serão produzidas de forma contraditória, isto é, com oportunidade de participação das partes. Na Espanha, é expressamente assegurado o direito de a parte participar da produção da prova, como resulta do art. 289, 1, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, *in verbis*: “As provas serão produzidas contraditoriamente em audiência pública, ou com publicidade e documentação similares se não for levada a efeito na sede do tribunal” e, ainda, do art. 289, 2, do mesmo diploma legal: “Será inescusável a presença judicial no interrogatório das partes e de testemunhas, no reconhecimento de lugares, objetos e pessoas, na reprodução de palavras, sons, imagens e, em sendo o caso, cifras e dados, assim como nas explicações, impugnações, retificações ou ampliações de todos os laudos periciais”. No Brasil, a Constituição Federal, reconhecendo o direito à publicidade dos atos processuais e o direito ao contraditório, também reconhece o direito de as partes de participarem da produção da prova. Ao tema retornaremos quando tratarmos da dimensão do direito à prova. A CLT é expressa a respeito, quando, por exemplo, assegura à parte o direito de inquirir a parte contrária e as testemunhas (art. 820).

<sup>319</sup> WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 72.

<sup>320</sup> DÖHRING, *La prueba*, p. 24.

elas podem, em alegações finais, proceder à sua análise crítica, fornecendo ao juiz argumentos para a sua valoração.<sup>321</sup>

É importante mencionar a existência de regras especiais relativas a determinadas provas:

- a) A prova pré-constituída é produzida antes do processo e a este incorporada.<sup>322</sup>
- b) A prova pode ser produzida por determinação judicial, seguindo-se a esta determinação a sua produção.<sup>323</sup>
- c) A prova pode ser produzida antecipadamente, isto é, antes da instauração do processo ou, no curso deste, fora do momento próprio para a sua produção (arts. 846 a 851 do CPC).
- d) A prova pode ser produzida em juízo diverso do da causa, mediante carta precatória, de ordem ou rogatória (art. 201 do CPC).

### 3.8.3 Participação das partes nas fases do procedimento probatório

As partes são sujeitos do processo e da instrução, podendo, com isto, tendo, portanto, direito de participar de todas as fases do procedimento probatório. Esta é uma decorrência do direito ao devido processo legal, que é conformado, dentre outros, pelos princípios da ampla defesa, do contraditório e da publicidade. A participação das partes em todas as fases do procedimento probatório legitima o seu resultado e, com isso, a decisão com esteio nele proferida.<sup>324</sup>

Como aduz Eduardo Couture, “o procedimento probatório não é senão uma manifestação particular do contraditório. Como não se concebe o processo sem debate, tampouco se pode conceber que uma parte produza uma prova sem uma rigorosa fiscalização

---

<sup>321</sup> Argumentar significa, segundo aduz Karl Larens, “fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada” (LARENS, *Metodologia da ciência do direito*, p. 212).

<sup>322</sup> Incorporação que não é definitiva, uma vez que caberá ao juiz verificar a admissibilidade da prova, podendo ser determinado, por exemplo, o desentranhamento de documentos apresentados fora do momento próprio.

<sup>323</sup> Sendo lícito às partes participar de todas as fases do procedimento probatório, podem elas questionar a admissibilidade da prova a ser produzida por determinação judicial.

<sup>324</sup> Não se pode olvidar, ainda, que participar é também controlar (VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, p. 5). A participação no procedimento probatório permite o seu controle pelas partes.

do juiz e do adversário”.<sup>325</sup> Francesco Carnelutti afirma que a instrução é um diálogo das partes entre si, das partes com o juiz, das partes e do juiz com os peritos e as testemunhas.<sup>326</sup>

É importante mencionar, ainda, com Santiago Sentis Melendo, que “*prova é liberdade*. Sem liberdade não existe prova; poderá haver, como foi dito antes, sucedâneos, substitutivos de prova, mas não verdadeiras provas” e que “somente com liberdade, o litigante, a parte, poderá apresentar todas as *fontes*, e o juiz poderá fazer uso de todos os *meios*”.<sup>327</sup>

Sem dúvidas, sem liberdade não se pode falar em efetiva participação das partes na formação do convencimento do juiz. A liberdade deve ser a tônica em todos os momentos do procedimento probatório. Neste contexto, embora o ordenamento jurídico pátrio somente faça expressa alusão à liberdade quando trata da avaliação da prova (art. 131 do CPC), não há como negar que ela também se apresenta no momento de sua indicação,<sup>328</sup> do exame da admissibilidade da prova, da produção da prova e da avaliação da prova. A regra, em matéria de prova, é a ampla liberdade, das partes e do juiz,<sup>329</sup> valendo observar que “quanto mais se contradizem as partes, tanto mais se beneficia o juiz com a contração”,<sup>330</sup> o mesmo ocorrendo em relação à verdade e à justiça.

Não se trata, contudo, em nenhum desses momentos, de uma liberdade ilimitada, mas de uma liberdade que deve ser temperada pela necessidade de uma solução rápida, econômica e justa do conflito de interesses submetido ao Poder Judiciário.<sup>331</sup>

---

<sup>325</sup> COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 253.

<sup>326</sup> CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal*, v II, p. 149 e 151.

<sup>327</sup> MELENDO, *La prueba: los grandes...*, p. 23.

<sup>328</sup> Limitar a possibilidade de indicação de provas que a parte pretende produzir é negar o acesso à própria prova.

<sup>329</sup> Sem liberdade não existe processo justo.

<sup>330</sup> CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal*. v. II, p. 219.

<sup>331</sup> Em relação à justiça, cumpre observar que, para Jean-Louis Bergel, “em certos casos, *o direito é indiferente a qualquer ideia de justiça*: as regras e instituições puramente técnicas, tais como as do estado civil ou da publicidade dos registros imobiliários, não têm vínculo direto com a ideia de justo. Noutros casos, em que o direito consagra a igualdade dos cidadãos e proíbe a usura por exemplo, *o direito expressa o sentimento e a necessidade de justiça*. Ocorre, em fim, que *o direito repila qualquer finalidade de justiça*, em proveito da ordem, da segurança, da paz... É o que se dá quando a lei sacrifica os direitos de uma parte lesada em um contrato à segurança das transações ou, mediante a prescrição, os direitos do credor ou do proprietário em proveito do devedor que não pagou ou do usurpador que possui um bem etc. *O direito se inspira portanto, alternada e simultaneamente, ao mesmo tempo no útil e no justo*” (BERGEL, *Teoria geral do direito*, p. 27).

### 3.9 Valoração da prova

No procedimento probatório, merece destaque especial a atribuição valor à prova. Para a solução do conflito de interesses que lhe é submetido, o juiz deve estabelecer a verdade sobre os fatos que fundamentam as pretensões das partes. Por esta razão, ao proferir decisão, o juiz deverá definir a eficácia das provas constantes dos autos na formação do seu convencimento sobre a veracidade dos fatos controversos, isto é, proceder à sua valoração.<sup>332</sup>

Três são os critérios adotados para efeito de definir os critérios de valoração da prova pelo juiz:

- a) prova legal: a lei define os meios de prova admitidos e fixa previamente o valor de cada um deles,<sup>333</sup>
- b) livre convencimento: o juiz aprecia livremente a prova, de acordo com a sua íntima convicção, não sendo dele exigido que atente apenas para a prova existente nos autos e que motive a sua decisão;<sup>334</sup>
- c) persuasão racional ou livre convencimento motivado: o juiz é livre para valorar a prova (o que significa que não está vinculado a um valor probatório de cada elemento de prova previamente definido pelo legislador), mas deve fundar a sua convicção na prova existente nos autos e apontar na decisão os motivos que lhe formaram o convencimento sobre a veracidade dos fatos controversos.<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> Como foi visto quando tratamos do procedimento probatório, a prova é também valorada pelas partes. As partes valoram a prova em três momentos: a) antes de sua proposição da ação, para definir a sua idoneidade e relevância para o atendimento de sua pretensão. Como aduz François Gorphe, “na medida em que se buscam os elementos de provas, vão sendo eles controlados e apreciados, para efetuar uma seleção e eliminar o impertinente” (GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas*, p. 27); b) em alegações finais, quando realizam a crítica das provas produzidas. As partes têm o direito de tentar influenciar o juiz na definição do valor a ser atribuído à prova; c) em eventual recurso interposto, no qual as partes criticam o valor a ela atribuído pelo juiz na sua decisão.

<sup>333</sup> Celso Agrícola Barbi esclarece que no sistema da prova legal “o legislador, tendo em vista a experiência comum, prefixa o valor de cada prova, restringindo a atuação do juiz a verificar, no caso concreto, o resultado apurado pela aplicação do critério legal; é a chamada prova tarifada” (BARBI, *Comentários ao código de processo civil*, v. I, p. 325). Afirma-se em favor desta solução que ela serve de garantia contra abusos e erros do juiz e assegura a igualdade entre os homens.

<sup>334</sup> Se no sistema da prova legal ao juiz é negada qualquer liberdade na valoração da prova, neste sistema, a ele é conferida plena liberdade para fazê-lo.

<sup>335</sup> Neste modelo, como esclarece Mauro Cappelletti, “as provas enfim, segundo o método moderno, ponderam-se com o intelecto, não se contam: pesam-se tendo em vista seu valor individual no caso concreto e não mais com base em preconceitos abstratos e de computação mecanicamente predispostos” (CAPPELLETTI, *As ideologias no... in: Processo, ideologias e...*, v. II, p. 34). Para Mauro Cappelletti, “no processo, o fácil mas enganoso sistema de valorizar mecanicamente as provas com base em critérios preestabelecidos, como o grau de

Alberto dos Reis faz alusão ao que seria um quarto critério, qual seja, a crítica *sã*,<sup>336</sup> afirmando que, com base nela, o juiz deve avaliar a prova “não arbitrariamente ou caprichosamente, mas em harmonia com as regras da lógica e as máximas de experiência [...]. A crítica *sã* é a utilização de certas conclusões empíricas de que todo o homem se serve para se mover na vida”, mas adverte que

o critério da crítica *sã* deve, antes, encarar-se como uma regra de orientação do sistema da prova livre. Quando se diz que o tribunal julga segundo a sua convicção, formada sobre a livre apreciação das provas, não se pensa em proclamar o império do arbítrio, do capricho, da vontade desregrada e discriminatória na avaliação e julgamento das provas; o que se quer significar é que o juiz não está adstrito a critérios legais fixos e predeterminados, a normas absolutas, abstratas e severas, impostas pela lei. Prova *livre* não quer dizer prova *arbitrária* ou irracional; quer dizer prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma *tabela* ditada externamente, mas em perfeita conformidade, como natural e compreensível, com as regras da experiência e as leis que regulam a atividade mental. A apreciação das provas resolve-se em formação de *juízos*, em elaboração de *raciocínios* [...] segundo as aquisições que a experiência tenha acumulado na mentalidade do juiz e, segundo os processos psicológicos que presidem ao exercício da atividade intelectual, e portanto segundo as máximas de experiência e as regras da lógica.<sup>337</sup>

A adoção do sistema da persuasão ou livre convencimento motivado, não implica reconhecer liberdade ilimitada ao juiz. Com efeito, consoante registra Jordi Ferrer Beltrán, existem três tipos de regras que limitam a atuação do juiz na valoração da prova

a) regras sobre a atividade probatória; b) regras sobre os meios de prova; c) regras sobre o resultado probatório. O primeiro tipo de regras inclui regras que estabelecem o momento em que se inicia a fase de prova e aquele em que ela termina, os momentos processuais em que se podem e/ou devem propor a prova para sua admissão, os sujeitos a quem corresponde realizar esta proposição, etc. O segundo tipo de regras define os meios de prova, determina quais deles são admissíveis em um determinado procedimento ou exclui expressamente alguns deles, etc. O terceiro tipo de regras indica ao órgão julgador que resultado deve extrair a partir da presença no expediente processual de algum meio de prova específico ou lhe concede liberdade jurídica para valorar os elementos de juízo que tenha disponíveis.<sup>338</sup>

---

nobreza, o sexo, a idade, a condição econômica, o número das provas e assim por diante, devia finalmente ser substituído pelo mais complexo e bem mais difícil, mas mais concreto, eficiente e também *mais humano método* do contato direto e pessoal do juiz com as partes, com as testemunhas, com os peritos, com as pessoas em suma e com os próprios lugares e coisas relevantes à decisão da causa: a essência, o núcleo central do sistema, além dos princípios da prova livre, é também o princípio da chamada ‘oralidade’ processual” (CAPPELLETTI, *As ideologias no...*, in: *Processo, ideologias e...*, v. II, p. 36).

<sup>336</sup> É este o sistema adotado pelo art. 140 do Código General del Proceso do Uruguai: “As provas serão apreciadas tomando em conta cada uma das provas e em seu conjunto, racionalmente, de acordo com as regras da crítica *sã*, salvo texto legal que expressamente disponha uma regra de apreciação diversa”.

<sup>337</sup> REIS, *Código de processo civil anotado*, v. III, p. 244-245.

<sup>338</sup> BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 34.

Conforme Jordi Ferrer Beltrán, o reconhecimento de liberdade na avaliação da prova

denota simplesmente que não existem regras de prova legal ou taxada que predeterminam o resultado probatório de forma vinculante para o juiz [...]. Mas essa liberdade não é absoluta, mas está limitada pelas regras gerais da epistemologia ou, como gosta de dizer a jurisprudência, da racionalidade e da lógica.<sup>339</sup>

Acrescente-se que o juiz somente pode formar o seu convencimento com base nas provas constantes dos autos.<sup>340</sup>

No processo civil e no processo do trabalho, ao juiz é conferida liberdade na apreciação da prova, cumprindo-lhe, contudo, fundar a sua convicção nas provas constantes dos autos e, ainda, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131<sup>341</sup> do CPC e art. 852-D da CLT). É também este o modelo adotado pelo Código de Processo Civil italiano (art. 16): “O juiz deve valorar a prova segundo sua prudente apreciação, salvo se a lei dispuser em sentido contrário”<sup>342</sup> e pelo Código de Processo Civil alemão (§ 286, I):

O tribunal tem que decidir de acordo com seu livre convencimento tendo em conta o conteúdo integral do processo e o resultado da realização das provas, para assim considerar uma alegação de fato como verdadeira ou falsa. Na sentença devem

<sup>339</sup> BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 66.

<sup>340</sup> O juiz deve apontar na decisão os elementos de convicção válida e regularmente integrados ao processo em que se sustenta a sua conclusão sobre a veracidade do fato controverso.

<sup>341</sup> “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”. Trata-se, assim, da adoção do sistema do livre convencimento, mas limitado pela vinculação do juiz aos fatos e provas constantes dos autos e obrigação de apontar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento sobre a veracidade dos fatos controversos (o juiz deverá apontar as provas em que se baseou e o valor a elas conferidas na formação do seu convencimento). O art. 131 faz alusão ao atendimento “aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que *não alegados* pelas partes”. Celso Agrícola Barbi vê nesta previsão uma segunda limitação à atuação do juiz, afirmando que ela, se interpretada literalmente, “levaria a crer que o juiz pode tomar como razão de decidir fatos comprovados nos autos, mesmo que não alegados pelos litigantes. Esta interpretação, porém, colidiria com o princípio dispositivo, mesmo na sua formulação mais restrita, na qual o juiz deve julgar segundo o *alegado pelas partes* [...]. Os fatos, sob o ponto de vista processual, podem ser *jurídicos* ou *simples*. Aqueles são os que criam, modificam, conservam ou extinguem direitos. Os *simples* são os que não têm essas características, mas servem para demonstrar a existência de fatos jurídicos. Em exemplo elucidativo, lembra Lopes da Costa, é o caso da pessoa que atea fogo em seus pastos e provoca, com isto, incêndio no imóvel vizinho. Atear fogo é fato jurídico; mas a passagem daquela pessoa, munida de um facho e de uma lata de gasolina, em direção ao local onde teve o início o fogo, tudo isto são fatos simples, que não criam o direito do reclamante, mas servem para provar o fato jurídico, que é o ato de o reclamado atear o incêndio. Aplicadas estas noções ao art. 131, conclui-se que os fatos ali referidos, de que o juiz pode conhecer, ainda que não alegados pelas partes, são os fatos simples, não os jurídicos. Se o juiz fosse decidir com base em fatos jurídicos não alegados pelas partes, estaria, na verdade, julgando outra demanda, porque o que caracteriza esta são precisamente os fatos daquela natureza [...]. A causa de pedir, que repousa sempre em fatos alegados pelo autor, não pode ser substituída pelo juiz, o que aconteceria se ele julgasse a ação procedente por outro fato, o que equivaleria a julgar outra causa não proposta” (BARBI, *Comentários ao código de processo civil*, v. I, p. 326).

<sup>342</sup> Este artigo permite, na sua segunda parte, que o juiz “deduza argumentos de prova do comportamento das partes durante o processo”.

detalhar-se os motivos sobre a base dos quais se fundamentou o convencimento judicial.<sup>343</sup>

O juiz deve, para formar o seu convencimento, valorar os elementos de convicção fornecidos pelos meios de prova,<sup>344</sup> confrontar tais elementos entre si e com as regras de experiência e, ao final, reuni-los “em um conjunto sintético, coerente e concludente”,<sup>345</sup> que traduzirá a sua convicção sobre os fatos controversos,<sup>346</sup> observando-se que ao juiz é lícito, para formar a sua convicção, valorar o comportamento das partes no processo<sup>347</sup> e até mesmo fora do processo.<sup>348</sup>

---

<sup>343</sup> O inciso II do citado artigo prevê: “O tribunal se encontra obrigado às regras legais sobre a prova nos casos descritos na lei”.

<sup>344</sup> Como adverte François Gorphe, “todo elemento de prova tende a produzir uma crença ou uma dúvida. Portanto, só devemos formar uma conclusão depois de haver considerados todos e de haver pesado o valor de cada um deles” (GORPHE, *Apreciación judicial delas pruebas*, p. 40).

<sup>345</sup> François Gorphe (GORPHE, *Apreciación judicial delas pruebas*, p. 112).

<sup>346</sup> Neste sentido, prevê o art. 197 do Código de Processo Penal brasileiro: “O valor da confissão será aferido pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

<sup>347</sup> O juiz pode ordenar a exibição de documento ou coisa e, ao decidir a lide, admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio de documento ou da coisa, a parte pretenda provar, se o requerido não efetuar a exibição nem fizer declaração no prazo assinado para manifestação sobre o pedido de exibição ou se a recusa for havida por ilegítima (arts. 355 e 359 do CPC). Acrescente-se que, segundo o art. 232 do Código Civil: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”, tendo o Superior Tribunal de Justiça adotado, a respeito, a Súmula n. 301: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *júris tantum* de paternidade”. O STJ, portanto, viu no art. 232 do Código Civil o estabelecimento de uma presunção legal. Note-se, porém, que, segundo o art. 232 do Código Civil, a recusa à perícia apenas *poderá* suprir a prova que se pretendia obter com a perícia, não se tratando, portanto, de algo que é imposto ao juiz. A hipótese é de autorização para utilizar a recusa da parte ao exame como indício que se pode acrescentar a outros para formar a convicção sobre a paternidade controvertida.

<sup>348</sup> A reiteração de um mesmo comportamento em situações similares, desde que comprovada no processo, serve de elemento de convicção para efeito de julgamento do caso concreto.

## 4 A PROVA COMO DIREITO

### 4.1 Notas introdutórias

Consoante aduz Piero Calamandrei,

as partes são *pessoas*, vale dizer, sujeitos de deveres e de direitos, que não estão situados frente ao juiz como súditos, submetidos ao seu poder e obrigados a obedecê-lo passivamente, mas como cidadãos livres e ativos que têm ante o julgador não só deveres a cumprir, mas também direitos a fazer respeitar, pelo que o juiz não deve considerar-se unicamente como autoridade dotada de poderes, mas como um funcionário sujeito a deveres e responsabilidades frente às partes, que têm direito de fazer valer livremente as suas razões e de ser escutadas com atenção.<sup>349</sup>

As partes do processo judicial são, portanto, titulares de direitos subjetivos processuais, isto é, de direitos a serem exercidos no âmbito do processo judicial, que decorrem do direito de acesso à justiça, no sentido de direito de recorrer aos tribunais para a defesa de direito assegurado pela ordem jurídica e de, no curso do processo e em todas as suas fases, atuar no sentido de influenciar o juiz na sua confirmação e tutela.<sup>350</sup>

O que se pretende nesta tese é demonstrar que as partes têm, no processo civil e no processo do trabalho, direito à prova, isto é, examinar a prova na sua dimensão positiva, observando-se que, consoante foi já dito, a doutrina tem considerado a prova apenas na perspectiva do direito probatório material e formal e enquanto ônus das partes, como registra, entre outros, Joan Pico I Junoy, para quem o estudo da prova, em regra, leva em conta apenas:

---

<sup>349</sup> CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, p. 130.

<sup>350</sup> Cândido Rangel Dinamarco, partindo da premissa de que o direito subjetivo e a obrigação e ele correlata têm sempre em vista determinado bem e um acréscimo no patrimônio de quem o recebe, afirma ser impróprio “falar em direitos e obrigações no processo, porque os deveres impostos aos seus sujeitos têm por objeto imediato a criação de situações processuais e não a obtenção de um bem da vida” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 215-216). Contudo, Cândido Rangel Dinamarco estabelece restrição injustificável ao objeto do direito, que nem sempre é um bem de valor patrimonial. No processo, a parte tem direito a que o juiz adote determinada conduta, não porque dela resultará no acesso a um determinado bem patrimonial, mas porque dela pode resultar uma situação de vantagem no próprio processo. A existência de direitos processuais é expressamente reconhecida no art. 158 do CPC, *in verbis*: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, modificação ou a extinção de *direitos processuais*” (destacamos). Ser a parte titular de direitos processuais significa ser ela *sujeito do processo*, e não *sujeita ao processo*. A parte tem, nesta ordem de ideias, o direito ao respeito à sua condição de sujeito do processo.

O conjunto de normas que regulam a admissibilidade dos meios probatórios, seus desenvolvimentos procedimentais, assim como sua eficácia e sua valoração, obviando-se seu exame como direito básico ou essencial dos litigantes. De igual modo, a relação entre as partes e a prova tem merecido a atenção da doutrina, essencialmente, sob o prisma do ‘ônus da prova’.<sup>351</sup>

J.J Gomes Canotilho chama a atenção para o fato de que “há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais frequentemente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso deficit quanto ao *direito à prova*”.<sup>352</sup>

#### 4.2 Liberdade e direito à prova

As partes comparecem em juízo como pessoas livres.<sup>353</sup> O autor é livre para provocar o Poder Judiciário visando a confirmação e tutela do direito de que afirma ser titular. O réu é livre para comparecer e pleitear a declaração de inexistência do direito deduzido pelo autor. Ao lado da liberdade de comparecimento em juízo, as partes são livres para atuar no sentido de influenciar o juiz na definição dos seus direitos e obrigações.

No processo, uma das formas de manifestação da liberdade das partes está relacionada com a produção de prova dos fatos que alegam como fundamento de suas pretensões. Trata-se a prova, na linha do que assevera Gomes Canotilho, de instrumento jurídico-processual que possibilita a “influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garantem a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade”.<sup>354</sup>

Neste sentido, afirma-se que o direito à prova é uma exigência da liberdade. Somente é livre aquele que pode lutar pelos seus direitos, contando para tanto com instrumentos jurídico-processuais adequados a esta luta.

---

<sup>351</sup> NUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 15-16. Cumpre esclarecer que são nossas todas as traduções constantes desta tese.

<sup>352</sup> CANOTILHO, O ônus da prova na..., *in: Estudos sobre direitos...*, p. 169.

<sup>353</sup> Na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* a liberdade é considerada o primeiro dos direitos humanos, como resulta do seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]”. A Constituição da República de 1988 a todos reconhece, no *caput* do art. 5º, o direito à liberdade.

<sup>354</sup> CANOTILHO, *Constituição e défice...*, *in: Estudos sobre direitos...*, p. 73.

Cumpra mencionar que, como adverte Ernst Wolfgang Böckenförde, “todas as decisões que toma e pode tomar o Estado tem que poder retroagir à liberdade de participação democrática que corresponde a cada um dos cidadãos como membros da comunidade estatal, e tem que legitimar-se a partir dela”.<sup>355</sup> O exercício do direito à prova como exigência da liberdade das partes de agir em juízo para a definição dos seus direitos e obrigações atribui à decisão judicial a condição de resultado da participação democrática das partes na sua produção e a ela confere legitimidade.<sup>356</sup>

Mas o direito à prova constitui, além de exigência da liberdade, uma manifestação da liberdade das partes. Com efeito, ao limitar a liberdade das partes em matéria probatória o ordenamento jurídico pátrio define um âmbito em que elas podem atuar sem restrições que não sejam legais. Este âmbito de atuação constitui uma garantia contra o arbítrio do juiz e traduz, no que diz respeito à instrução do processo, verdadeiro direito à prova.<sup>357</sup> As normas de limitação da atividade probatória das partes são também normas de garantia em matéria probatória.

Adota-se aqui a lição de Michele Taruffo, para quem “a liberdade de prova para as partes configura, no plano das garantias, direito à prova, isto é, precisamente como direito a utilizar qualquer meio de prova disponível que seja útil para a determinação de fatos”.<sup>358</sup>

Neste contexto, relembre-se:

---

<sup>355</sup> BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, p. 126.

<sup>356</sup> Niklas Luhmann afirma que “a diferenciação dos papéis específicos do procedimento para a função especial de encontrar a verdade pode constituir uma importante condição prévia, da mesma forma que a procura científica da verdade se realiza em funções específicas ou pelo menos segundo regras específicas (método) e valores e é, portanto, socialmente diferenciada. As possibilidades de comunicação são mobilizadas pela diferenciação e não subsistiriam se estivessem intimamente ligadas a outros papéis, extra-procedimentais. O livre estabelecimento da comunicação constitui um segundo momento, e a organização concorrente ou mesmo contraditória da comunicação constituirá um terceiro momento. Tudo isto não está em condições de garantir que sempre que se alcançar a verdade se encontrarão as decisões certas. A isso se opõe a necessidade de decisão. Um sistema que tenha de assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão. A especificação de funções numa orientação exclui as doutra orientação” e que “a legitimidade depende, assim, não do reconhecimento ‘voluntário’, da convicção pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como consequências numa decisão pessoal, mas sim como resultados do crédito da decisão judicial” (LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 23-24 e 34). A organização do procedimento em função da verdade e da justiça, assim como a liberdade e a igualdade de armas para persegui-las não garantem que elas serão alcançadas, mas a tanto favorecem. A decisão judicial não é legitimada apenas pela observância do procedimento previamente estabelecido para a sua construção, mas também pela realização concreta dos direitos materiais assegurados pela ordem jurídica (a decisão deve, na medida do possível, assegurar às partes aquilo e exatamente aquilo que lhe é atribuído pela ordem jurídica democraticamente estabelecida) e pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais processuais das partes.

<sup>357</sup> Esta não é uma particularidade do Brasil, sendo registrado por Michele Taruffo que “uma parte muito relevante do direito das provas em qualquer sistema é constituído por regras de exclusão de provas” (TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 358).

<sup>358</sup> TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 357, nota n. 102.

- a) o Código de Processo Civil, ao fixar os deveres das partes, dentre eles inclui o de não produzir provas ou praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito (art. 14, IV).<sup>359</sup> Ao impor às partes o dever de não produzir provas *inúteis* ou *desnecessárias*, o Código de Processo Civil deixa claro que elas têm o direito de produzir prova *útil* e *necessária* à declaração ou defesa de direito objeto de disputa. Dito de outra forma, autor e réu têm o direito de defender-se, por meio da prova útil e necessária.<sup>360</sup> O art. 14, VI, Código de Processo Civil pode receber uma segunda leitura. Com efeito, ao dispor que constitui dever das partes não produzir prova inútil e desnecessária, o citado comando legal limita o poder do juiz, ao qual é vedado indeferir prova útil e necessária à declaração ou defesa de direito, o que também autoriza afirmar a existência do direito à produção de prova útil e necessária;
- b) o art. 130 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, o que significa que as partes têm o direito de produzir provas úteis e não protelatórias. Na mesma linha, o art. 852-D da CLT autoriza o juiz a indeferir a prova excessiva, impertinente ou protelatória, o que implica reconhecer o direito à prova não excessiva, pertinente e que não seja protelatória;
- c) o art. 334 do Código de Processo Civil dispõe que não dependem de prova os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos e em cujo favor milite presunção legal de existência ou de veracidade. O art. 334 do CPC, ao definir os fatos que não carecem de prova, autoriza afirmar que as partes têm o direito de produzir prova de fato que não seja notório, que não tenha sido confessado, que seja controverso e que não é beneficiado por presunção legal de existência ou de veracidade;

---

<sup>359</sup> Pontes de Miranda, comentando o art. 14, IV, do CPC, chama a atenção para o fato de que “o que se quis dizer foi que é dever das partes e de seus procuradores não produzirem prova [...] inúteis ou desnecessárias à declaração (à afirmação) do seu direito ou à sua defesa contra o que foi afirmado. Declaração, aí, não está no sentido de conteúdo do pedido, razão porque abrange o que está em qualquer petição (de ação declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva; processo ordinário, especial, sumaríssimo, ou cautelar)” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, v. I, p. 347).

<sup>360</sup> A prova será necessária quando for estabelecida controvérsia sobre um determinado fato. Assim, o direito à prova, como é assinalo por José Marcos Rodrigues Vieira, “nasce da existência de fato controverso” (VIEIRA, *Da ação civil*, p. 81).

- d) os arts. 283 e 284 do CPC e 787 da CLT limitam a atividade das partes em relação ao momento em que a prova pode ser produzida, estabelecendo que a petição inicial deve ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Tal limitação permite afirmar que o autor tem direito de trazer aos autos os documentos com que pretende demonstrar a veracidade dos fatos que fundamentam a sua pretensão, isto é, o direito à prova documental.

Em suma, a prova dos fatos alegados em juízo constitui exigência e manifestação da liberdade das partes do processo judicial.

Não se pode olvidar que, consoante é afirmado no Preâmbulo da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, o ideal do ser humano livre somente pode ser realizado se forem criadas as condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos, o que inclui aqueles exercitáveis no âmbito do processo judicial.

### **4.3 A prova na Constituição da República de 1988**

Passa-se, agora, a verificar se a Constituição da República de 1988 atribui às partes o direito à prova.

De início, recorde-se que segundo o art. 5º, §2º, da Constituição da República, os direitos e garantias nela reconhecidos expressamente (*direitos expressos*) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (*direitos implícitos*<sup>361</sup>) ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>362</sup> Esta disposição consagra o sistema aberto de direitos fundamentais e dela resulta que existem:

- a) direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição (direitos formalmente fundamentais);

---

<sup>361</sup> Direitos implícitos são os decorrentes das regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico.

<sup>362</sup> “Tratado”, no art. 5º, §2º, da Constituição da República, constitui gênero de que são espécies as convenções e os pactos.

- b) direitos fundamentais não previstos expressamente mas que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição;<sup>363</sup>
- c) direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; e
- d) direitos assegurados expressamente pela Constituição mas que por ela não foram incluídos no rol dos direitos fundamentais, mas que assim podem ser considerados, por força do regime e dos princípios por ela adotados.<sup>364</sup>

#### 4.3.1 O expreso reconhecimento do direito à prova na Constituição da República de 1988

Segundo o art. 5º, LV, da Constituição da República, às partes no processo judicial é assegurada ampla defesa, com os *meios* a ela inerentes. O direito objeto de controvérsia é defendido em juízo também, e principalmente, por meio da demonstração da ocorrência dos fatos de que ele decorre. Com isto, um dos *meios* de defesa do direito deduzido em juízo é a prova do seu fato constitutivo ou de fato que impede o seu nascimento, ou o extingue, ou o modifica. Assim, o art. 5º, LV, da Constituição da República, ao reconhecer às partes do processo judicial a ampla defesa, com os *meios* a ela inerentes, a elas assegura expressamente o direito à prova.

Com isso, não há como concordar com aqueles que afirmam não ter sido o direito à prova reconhecido de forma expressa pela Constituição da República, entre eles Cândido Rangel Dinamarco, quando afirma que “nem a Constituição nem a lei afirmam esse direito de modo amplo e direto, nem existe a garantia constitucional específica e formal do direito à prova, mas ele é com absoluta segurança inferido de alguns textos de amplitude geral”.<sup>365</sup>

Note-se, inclusive, que a Constituição da República, depois de reconhecer o direito à ampla defesa, com os meios a ela inerentes, estabelece, também expressamente, uma limitação quanto a estes meios, vedando a utilização de prova obtida por meios ilícitos (art.

---

<sup>363</sup> Este fato impõe seja recordado que um direito será materialmente fundamental quando voltado à criação e manutenção das condições mínimas necessárias a uma vida digna e formalmente fundamental quando como tal for tratado pela Constituição.

<sup>364</sup> Neste contexto, não pode ser negado, por exemplo, que o direito à motivação das decisões constitui um direito fundamental, apesar de não ser expressamente reconhecido como tal pela Constituição da República de 1988, posto que constitui manifestação do direito ao processo justo. Trata-se de direito dotado de fundamentalidade material, por compor a estrutura da ordem jurídica processual estabelecida pela Constituição.

<sup>365</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 46.

5º, LVI). Examinados em conjunto, os incisos LV e LVI da Constituição da República apontam, de forma firme, no sentido da existência do direito à prova, o que reforça a conclusão no sentido de que a Constituição da República assegura às partes, expressamente, o direito de defender-se provando e, com isso, o direito à prova.

Diante da essencialidade da prova dos fatos alegados em juízo para a efetiva tutela dos direitos deles decorrentes, a Constituição da República deveria ter adotado uma postura mais incisiva em relação ao direito à prova, como fez, por exemplo, a Constituição espanhola de 1978, que, ao lado de dispor que “Todas as pessoas têm direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos” (art. 24, 1), estabelece que todos têm direito “a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa” (art. 24, 2).

#### 4.3.2 O implícito reconhecimento do direito à prova na Constituição da República de 1988

O direito à prova é também reconhecido implicitamente pela Constituição da República de 1988, como a seguir será demonstrado.

##### 4.3.2.1 Dignidade humana e direito à prova

A Constituição atribui à dignidade humana a condição de fundamento da República (art. 1º, III) e, com isso, reconhece ser todo homem titular de dignidade. Reconhecer ser o homem dotado de dignidade significa reconhecer ser ele:

- a) o fim último e o valor supremo da ordem econômica, jurídica, política e social; e
- b) titular de direitos inerentes à sua dignidade humana.<sup>366</sup>

---

<sup>366</sup> Trata-se de direitos que derivam da dignidade humana e que são a ela indispensáveis, como é reconhecido no Preâmbulo da *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos* (“[...] os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana [...]”) e o art. 22 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (“Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e

Considerada a questão sob este último aspecto – dignidade humana como titularidade de personalidade jurídica –, e considerando-se que a titularidade de um direito somente é real quando existe concreta possibilidade de seu pleno gozo, pode ser afirmado que a titularidade de um direito implica titularidade do direito à sua tutela jurisdicional. Neste contexto, conclui-se que a dignidade humana implica titularidade do direito à proteção jurisdicional dos direitos assegurados pela ordem jurídica, em especial quando estes direitos têm fundamento na própria dignidade humana.

Para que um direito objeto de controvérsia levado ao Poder Judiciário seja por tutelado é necessária a prova da ocorrência do seu fato constitutivo.<sup>367</sup> Destarte, a prova, como instrumento voltado ao reconhecimento e tutela jurisdicional de um direito, constitui direito inerente à dignidade humana.

Neste contexto, negar a possibilidade de prova do fato constitutivo do direito é negar a titularidade do próprio direito e, com isso, a dignidade humana do seu titular.

É a prova que, no processo, dá vida ao direito e torna possível o respeito à dignidade humana do seu titular. Isso faz com que, como adverte Manuel Galdino da Paixão Júnior, a prova seja a “região do contato mais direto e permanente do processo com a vida humana”.<sup>368</sup>

Em suma, a titularidade concreta de direitos é uma dimensão irrenunciável da dignidade humana e somente correrá quando for tornada possível a sua tutela jurisdicional, o que liga, de forma irremediável, a prova, enquanto instrumento necessário ao gozo dos direitos assegurados pela ordem jurídica, à dignidade humana.

---

culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”). O art. 22 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não só realça a existência de direitos essenciais à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, como afirma expressamente a existência do direito às condições necessárias ao seu pleno gozo, ou seja, o direito humano à realização concreta dos direitos individuais e sociais.

<sup>367</sup> Prevê o art. 2697 do Código Civil italiano: “Quem pretende fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem o seu fundamento”.

<sup>368</sup> PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria geral do processo*, p. 255. Com isso, pode ser dito que a disciplina que o ordenamento jurídico conferir à prova resultará na maior ou menor humanização do processo.

#### 4.3.2.2 Tutela jurisdicional dos direitos e direito à prova

A Constituição da República de 1988 a todos assegura o direito à tutela jurisdicional dos seus direitos (art. 5º, XXXV<sup>369</sup>), a qual, como é asseverado por Manuel Galdino da Paixão Júnior, “se persegue com a Ação, por meio do Processo, sob a forma de Procedimento”.<sup>370</sup>

A tutela jurisdicional de um direito pressupõe, ao lado da garantia de provocação da jurisdição, o acesso aos instrumentos necessários ao convencimento do juiz da sua existência.

O direito, com adverte Andrea Proto Pisani, “entra no processo por meio dos fatos”,<sup>371</sup> o que autoriza afirmar que o direito entra no processo por meio da prova do fato de que ele decorre. Com isso, assegurar a tutela jurisdicional dos direitos é reconhecer o direito à possibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos que permitem a sua entrada no processo, ou seja, de trazer ao processo a prova dos fatos de que decorrem o direito objeto de disputa.

Como é lembrado por Gian Antonio Micheli, citado por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, “o direito de obter a tutela do juiz se concretiza também no direito de desenvolver todas aquelas atividades no processo que sejam idôneas para o sujeito demonstrar a própria boa razão”.<sup>372</sup>

Acrescente-se que, segundo J. J. Gomes Canotilho,

embora a proteção dos direitos através do direito exija uma prévia e inequívoca consagração desses direitos [...], o sentido nuclear da proteção judicial dos direitos é esta: a garantia dos direitos [...] só pode ser efetiva quando, no caso de violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade.<sup>373</sup>

Para restabelecer a integridade do direito violado, é indispensável confirmar a sua existência. Para tanto, exige-se a prova do seu fato constitutivo. A prova, portanto, está

<sup>369</sup> “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

<sup>370</sup> PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria geral do processo*, p. 3.

<sup>371</sup> PISANI, *Diritto processuale civile*, p. 14.

<sup>372</sup> ANDOLINA; VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*:..., p. 98, nota. 16. O direito de ação deve ser entendido como o direito de agir em juízo, apresentando ao juiz uma pretensão e atuando, em todas as fases do processo, no sentido de estabelecer as condições necessárias ao seu atendimento.

<sup>373</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 274.

diretamente relacionada com a possibilidade de tutela jurisdicional dos direitos e sua efetividade.<sup>374</sup>

De outro lado, com a substituição da autodefesa pela jurisdição, como forma de solução de conflitos de interesses e de fazer valer os direitos assegurados pela ordem jurídica,<sup>375</sup> não se pode deixar de reconhecer às partes o direito à prova, em especial porque, como realça Jesús Gonzáles Pérez,

para manter a justa paz social não basta proclamar a exclusividade da jurisdição. Não basta proibir e punir penalmente o exercício da autodefesa. A justa paz social unicamente é possível na medida em que o Estado é capaz de criar instrumentos adequados e eficazes para satisfazer as pretensões ante ele formuladas.<sup>376</sup>

Daí a afirmação de que a prova dos fatos alegados em juízo constitui manifestação do direito à tutela jurisdicional dos direitos.<sup>377</sup>

#### 4.3.2.3 Processo e decisão justos e direito à prova

Dispõe a Constituição da República, no art. 5º, LIV, que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A todos é assegurado pela Constituição da República, com natureza fundamental, o direito ao devido processo legal.

A Constituição da República vai mais longe, posto que estabelece, em vários incisos do mesmo art. 5º, as garantias processuais mínimas necessárias à configuração do devido processo legal.<sup>378</sup>

---

<sup>374</sup> Como adverte José Marcos Rodrigues Vieira, a Constituição da República é animada “pela preocupação com a efetividade do direito” (VIEIRA, *Da ação civil*, p. 72) e esta somente é possível com o reconhecimento deste mesmo direito.

<sup>375</sup> A jurisdição é justificada pela necessidade de garantir a imperatividade das normas que compõem a ordem jurídica e reafirmar a sua condição de referencial das relações sociais.

<sup>376</sup> PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, p. 21.

<sup>377</sup> Não se olvide que, como aduz Carlos Alberto Reis de Paula, “quem tem um direito e carece de meios probatórios para fazer valê-lo perante os tribunais, em caso necessário, não tem mais que uma sombra de direito” (PAULA, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 17). Também tem razão Hernando Devis Echandía quando adverte que “tanto vale não ter um direito como não poder demonstrá-lo” (ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, p. 51). Ser titular de um direito é também ser titular do direito a instrumentos aptos à sua adequada e efetiva tutela, na hipótese de não observância espontânea.

<sup>378</sup> As garantias são instrumentos jurídicos dispostos para assegurar o pleno gozo dos direitos em razão dos quais são instituídas e traduzem, elas próprias, verdadeiros direitos (à garantia de acesso à justiça corresponde o direito de ação, por exemplo). A propósito, colhe-se na doutrina a lição de Luigi Paolo Comoglio, no sentido de que, “em geral, se entende por ‘garantia’ todo instrumento ou remédio técnico-jurídico que seja capaz de converter

Dito de outra forma, o processo deverá ser regulado por lei, mas com a obediência dos parâmetros definidos na própria Constituição da República, que são traduzidos pelas garantias processuais nela asseguradas às partes. A solução de conflitos de interesses levados ao Judiciário segundo um modelo de processo legalmente estabelecido é necessário, mas não suficiente para ensejar a efetiva proteção das partes contra o arbítrio legislativo ou judicial: as partes têm direito ao processo justo.

O reconhecimento, pela Constituição da República, do direito ao devido processo legal e, ainda, a um determinado modo de ser do processo – que é conformado pelas garantias processuais constitucionalmente asseguradas às partes do processo judicial – significa a atribuição às partes do direito, fundamental, ao processo justo.

Não se pode olvidar que, por força da integração da ordem jurídica internacional à interna (art. 5º, § 2º, da Constituição da República), deve ser acrescentado que justo é o processo em que são respeitadas as garantias processuais mínimas estabelecidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Processo justo, neste contexto, é aquele desenvolvido publicamente, perante juiz previamente apontado como competente, independente e imparcial, com respeito ao direito das partes ao pleno exercício, com liberdade e em simétrica paridade, do contraditório e da ampla defesa, e informado pela finalidade de, em tempo razoável, sem dilações indevidas, com o menor dispêndio de energia e econômico possíveis e de forma fundamentada, concretizar o direito reconhecido e garantido pelas regras e princípios constitutivos do ordenamento jurídico. O direito ao processo justo é, assim, um direito complexo, posto que composto pela soma das garantias processuais asseguradas às partes pela Constituição da República e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O processo justo se concretiza na observância de todas as garantias processuais, asseguradas pela Constituição da República e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, que o compõem, entre as quais o direito à prova.<sup>379</sup> Não existe processo justo sem o reconhecimento do direito à prova.

---

um direito puramente ‘reconhecido’ ou ‘atribuído’ *in abstracto* pela norma em um direito efetivamente ‘protegido’ em concreto, e por isso suscetível de plena ‘atuação’ ou ‘reintegração’ toda vez que resultar violado” (COMOGLIO, *Garantie costituzionali e...*, in: *Revista de processo*, p. 100). As garantias processuais atribuem significado concreto ao direito material, posto que permitem o seu gozo efetivo no caso de sua não observância espontânea.

<sup>379</sup> É o que reconheceu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* n. 94.601-1, em que é afirmado que constituem direitos básicos resultante do devido processo legal: o direito ao processo, o direito à citação e ao prévio conhecimento do objeto da ação, o direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas, o direito ao contraditório e à plenitude da defesa, o direito à igualdade entre as partes, o direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude, direito à observância do princípio do juiz natural, o *direito à prova* e o direito de presença e de participação ativa (*Habeas corpus* n. 94.601-1, Relator Ministro Celso de Melo, DJe 171, de 11.09.09).

Cândido Rangel Dinamarco aduz, relacionando o direito à prova ao devido processo legal, que “a imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o *direito à prova* em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do *direito ao processo*”.<sup>380</sup>

Esse mesmo autor associa o direito à prova ao processo justo, aduzindo, neste sentido, que

na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantia do *processo justo*, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garantia a todo o *due process of law*. Pelo aspecto constitucional, direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o *justo processo*.<sup>381</sup>

Ao definir os objetivos fundamentais da República, a Constituição vincula as atividades estatais à justiça (art. 2º, I). Isso significa que todos os poderes do Estado, dentre eles o Legislativo e o Judiciário, devem atuar no sentido da construção, no respectivo âmbito de atuação, de decisões justas. Com isto é afirmado que as partes têm direito, não apenas ao processo justo, mas também à justa decisão do conflito de interesses que as envolve. A decisão será justa quando atribuir às partes aquilo, e exatamente aquilo, que lhes asseguram as regras e os princípios constitutivos do direito vigente, nem mais nem menos, e ela somente será alcançada quando à partes forem asseguradas amplas possibilidades de apresentar alegações e provas em favor do acolhimento de sua pretensão. Não há decisão justa onde as partes não têm a real oportunidade de participar, fornecendo ao juiz argumentos e provas, da definição de seus direitos e obrigações.

Daí a afirmação de que o direito à prova é uma decorrência do direito ao processo justo e à justa solução do conflito de interesses submetido ao Poder Judiciário.

---

<sup>380</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 47.

<sup>381</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 48.

#### 4.3.2.4 Direito de defesa e direito à prova

A Constituição da República assegura às partes do processo judicial a ampla defesa (art. 5º, LV). Para o autor da ação, defender um direito em juízo significa provocar a jurisdição, por meio do exercício do direito de ação, e, instaurado o processo, atuar no sentido da confirmação da existência do direito deduzido e de sua plena satisfação. Para o demandado, defesa significa oportunidade de resistência à pretensão do autor (defesa no sentido negativo) e da atuação ativa na formação do convencimento sobre a inexistência do direito deduzido (defesa em sentido ativo).

A confirmação da existência ou inexistência do direito controvertido tem como pressuposto a demonstração da ocorrência do seu fato constitutivo ou de fato que impede a sua constituição, o extingue ou modifica, respectivamente. À ideia de defesa do direito é inerente, portanto, a de prova. Neste compasso, ao reconhecer o direito à defesa, a Constituição da República também reconhece o direito à prova. Sem a possibilidade de atuar, por meio da prova, na defesa do direito controvertido, o direito de defesa seria vazio de conteúdo. As partes têm, em suma, o direito de defender-se provando os fatos que sustentam as suas pretensões.

Sem direito à prova não se pode falar em direito de defesa, vez que o juiz somente pode adotar como fundamento de sua decisão, para efeito de fixar os direitos e obrigações das partes, os fatos cuja veracidade tenha sido comprovada (o fato não comprovado é, no processo, um fato juridicamente irrelevante). Tal fato é reconhecido por Giovanni Verdi, para quem “é inegável que um direito de ação e de defesa ao qual seja subtraído o direito à prova será um direito somente aparente”.<sup>382</sup> O direito à prova constitui, destarte, manifestação fundamental do direito de defesa.

Examinando o direito à prova sob a ótica do direito de defesa, Joan Pico I Junoy assevera que aquele direito

se encontra intimamente ligado ao de defesa, ou se quiser, é instrumento, complementar ou uma concretização do mesmo, na medida em que este último não é possível se é negado a alguma das partes o direito de trazer para o processo os meios justificativos ou demonstrativos das suas alegações ou os que desvirtuam as da parte contrária.<sup>383</sup>

<sup>382</sup> VERDI, La prova nel processo civile..., in: *Revista di Diritto Processuale*, p. 18.

<sup>383</sup> JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 35.

A relação entre prova e direito de defesa é também estabelecida pelo art. 24 da Constituição espanhola, que reconhece às partes o direito “de utilizar os meios de prova pertinentes para *sua defesa*”. Neste mesmo sentido, o art. 14, IV, do Código de Processo Civil brasileiro reconhece às partes o direito de produzir prova útil e necessária à *defesa* de direito.

#### 4.3.2.5 Contraditório e direito à prova

A Constituição da República assegura às partes o direito ao contraditório (art. 5º, LV).

Assegurar às partes o direito ao contraditório, do ponto de vista da prova, significa reconhecer que elas têm o direito à afirmação e demonstração da ocorrência dos fatos que fundamentam as suas pretensões e, com isto, de influenciar séria e efetivamente na definição de seus direitos e obrigações.

Em relação ao direito de influência, anote-se a lição de José Lebre de Freitas, no sentido de que a concepção tradicional e restrita do contraditório, entendido como “a imposição de que, formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão”, foi substituída por uma concepção mais ampla, passando o contraditório a ser entendido como “garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou de ser a *defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a *influência*, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo”.<sup>384</sup> Em suma, o contraditório, de simples garantia de ser ouvido em juízo, adquire significado mais amplo, de garantia de participação em todas as fases relevantes do processo e de influência na definição dos direitos e obrigações das partes litigantes.

Andréa Proto Pisani observa que o art. 24 da Constituição italiana, ao reconhecer o direito de agir em juízo para a tutela de direitos e interesses legítimos, ao considerar a defesa direito inviolável e ao assegurar os meios para agir e defender-se diante dos órgãos

---

<sup>384</sup> FREITAS, *Introdução ao processo civil*, p. 108-109.

jurisdicionais, atribui às partes o direito de influenciar no convencimento do juiz e no conteúdo da decisão, o que torna necessário reconhecer às partes “poderes instrutórios e o direito à contraprova”.<sup>385</sup> Sem dúvidas, não há concreta possibilidade de influenciar a formação do convencimento do juiz e a definição do conteúdo da decisão sem reconhecer às partes o direito de produzir prova da ocorrência dos fatos que alegam como fundamento de suas pretensões.

A possibilidade de participar e de influenciar a formação do convencimento do juiz sobre a realidade fática e, com isto, da construção da decisão para o caso concreto, torna os litigantes sujeitos *do* processo, e não apenas sujeitos *ao* processo.

O Estado Democrático de Direito, que é o modelo adotado pela Constituição da República de 1988, tem como característica essencial a construção participada da ordem jurídica. Nesse sentido, estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Constituição que todo poder emana do povo. Entende-se por poder a possibilidade de definir “normas de conduta dos indivíduos nas suas relações entre si ou com a coletividade [...] e em determinar a ação do grupo, nas relações com outras coletividades e com os próprios membros”,<sup>386</sup> ou, dito de outra forma, a possibilidade de configurar a ordem jurídica. Contudo, no Estado Democrático de Direito, assim como a norma jurídica abstrata, a norma jurídica concreta – a norma regente do caso submetido ao Poder Judiciário ou o direito no caso concreto – deve ser construída com a real e útil participação dos destinatários dos seus efeitos – construção participada ou democrática da decisão judicial ou do direito no caso concreto.<sup>387</sup> A participação das partes na formação do direito no caso concreto opera em favor da consolidação do Estado Democrático de Direito, vez que ser senhor do próprio destino é participar não só da criação, mas também da aplicação das normas jurídicas gerais e abstratas aos casos concretos. A participação das partes na construção do provimento democratiza o processo.

Participar da construção da decisão do caso concreto significa deduzir as razões de fato e de direito da pretensão manifestada em juízo, propor a produção de provas, discutir a admissibilidade das provas ofertadas por ambas as partes ou cuja produção tenha sido determinada de ofício, participar da produção da prova admitida e criticar a prova, visando estabelecer o seu valor.

Com isso, afirma-se que o direito à prova constitui uma manifestação fundamental do direito ao contraditório.

---

<sup>385</sup> PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, p. 656-657.

<sup>386</sup> CAETANO, *Direito constitucional*, v. I, p. 18.

<sup>387</sup> O direito, abstrato e concreto, deve ser democraticamente produzido.

Como assevera Gomes Canotilho, “a participação *no e através* do processo já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”.<sup>388</sup> O direito à prova, como instrumento de participação na formação do conhecimento sobre os fatos controversos, traduz uma dimensão intrínseca do direito fundamental ao contraditório.

A relação entre contraditório e direito à prova é reconhecida por Ada Pellegrini Grinover, quando afirma que “o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório”.<sup>389</sup>

No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio afirma que o contraditório incorpora “o direito das partes a um procedimento *leal e correto*, nas suas diferentes manifestações”, dentre as quais está direito à prova, entendido este como

direito de agir em juízo, ‘provando’ os fatos que fundamentam suas próprias pretensões, não só o direito de reagir e de defender-se nos confrontos das alegações de fato ou das atividades probatórias desenvolvidas pela parte contrária, mas deduzindo prova a si favorável ou contestando a prova contrária, em um *contraditório* que, mesmo que não podendo sempre instaurar-se diretamente sob a *formação* mesmo daquela prova, seja pelo menos sempre pleno e efetivo na sua aquisição, não somente (sobretudo) sobre a determinação da eficácia probatória a ser a ela atribuída em juízo.<sup>390</sup>

Também José Lebre de Freitas realiza essa relação, afirmando que o contraditório, no plano da prova,

exige que às partes sejam, em igualdade, facultada a proposição de todos os meios de probatórios potencialmente relevantes para o apuramento da realidade dos fatos (principais ou instrumentais) da causa, que lhes seja consentido fazê-lo até ao momento em que melhor possam decidir de sua conveniência, tidas em conta, porém, as necessidades de andamento do processo, que a produção ou admissão da prova tenha lugar em audiência contraditória de ambas as partes e que estas possam pronunciar-se sobre a apresentação das provas produzidas por si, pelo adversário ou pelo tribunal.<sup>391</sup>

---

<sup>388</sup> CANOTILHO, Constituição e défice..., in: *Estudos sobre direitos...*, p. 74.

<sup>389</sup> GRINOVER, *O processo em evolução*, p. 323.

<sup>390</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 31-32. Alude Luigi Paolo Comoglio à impossibilidade de participar diretamente da formação da prova pré-constituída, ressalvando, no entanto, o respeito ao contraditório na sua admissão e valoração.

<sup>391</sup> FREITAS, *Introdução ao processo civil*, p. 111.

Assevera Enrico Tullio Liebman, que “o processo faz-se para dar razão a quem a tiver, mas, justamente por isso, nele é garantida a ambas as partes a possibilidade de sustentar as suas respectivas razões e de lutar com armas iguais para fazê-las triunfar”.<sup>392</sup>

A propósito da evolução do princípio do contraditório, vale a pena registrar, a lição de Nicola Picardi:

A orientação ainda dominante gira, porém, em torno da convicção de que processo e procedimento pertencem ao mesmo gênero. Isso não só sob o perfil extrínseco, enquanto se trata de esquemas que se resolvem ambos em uma sucessão ordenada de atos, mas também sob o perfil intrínseco, enquanto obedeceriam ambos a um mesmo tipo de racionalidade. Nesse quadro, não se pode negar que o contraditório não representa uma necessidade 'imane' ao processo, porque não diz respeito diretamente ao momento fundamental do juízo. A sua função se exaure no garantir às partes a 'paridade de armas' através de uma contraposição mecânica de teses e assim, em última análise, em um instrumento de luta [...]. Hoje, se coloca, porém, o problema de se a definição do processo como procedimento com estrutura e desenvolvimento dialético não possa e não deva significar algo distinto e a mais. No quadro das recentes orientações que tendem à revalorização da retórica, Giuliani, tem o mérito de haver tentado recuperar a especificidade dos problemas do processo, ligando-o às técnicas de uma razão social, dialética e justificativa. Nesse quadro, o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz e, assim, um momento fundamental do juízo [...]. Uma vez deslocando o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes [...]. Nesta direção, o contraditório vem, de novo, deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável.<sup>393</sup>

Assim, o contraditório, além de constituir uma garantia das partes (participação na formação do conhecimento sobre a realidade: contraditório em sentido subjetivo), passa a ser, para o juiz, um instrumento de investigação da verdade (contraditório como método de conhecimento: contraditório em sentido objetivo), o que reforça o valor do diálogo e da colaboração entre o juiz e as partes durante todas as fases do processo, incluída a probatória. Esta evolução não invalida, contudo, a afirmação de que o direito ao contraditório traduz, para as partes, um verdadeiro direito à prova.

---

<sup>392</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 41.

<sup>393</sup> PICARDI, *Jurisdição e processo*, p. 141-143.

#### 4.3.2.6 Vedação da prova ilícita e direito à prova

Segundo a Constituição da República, art. 5º, LVI, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Tradicionalmente, esta vedação é considerada apenas no seu aspecto negativo, ou seja, no sentido de que ninguém pode se beneficiar de prova obtida por meios ilícitos. A ninguém pode ser atribuído um direito ou imposta uma obrigação por decisão baseada em prova obtida por meios ilícitos.

Contudo, esta vedação também permite afirmar que as partes têm direito à admissão das provas obtidas por meios lícitos. Destarte, a vedação da prova ilícita permite afirmar, como seu desdobramento lógico, a existência do direito à prova lícita.

#### 4.3.2.7 Democracia processual e direito à prova

A Constituição da República, ao assegurar o contraditório, a ampla defesa e o julgamento público realizado por juiz competente, independente e imparcial, e ao tornar obrigatória a fundamentação das decisões judiciais, atribuiu ao processo feição democrática, a qual exige e assegura a efetiva e útil participação dos destinatários dos efeitos da decisão judicial na sua formação. Essa participação será efetiva quando houver possibilidade de as partes atuarem na reconstrução da situação fática submetida ao Poder Judiciário pelas partes.

Como assinala José Frederico Marques, a prova é “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmaram, e o meio de que se serve o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito funda as suas alegações”.<sup>394</sup>

Assim, do perfil democrático do processo, que é estabelecido pela Constituição da República, resulta o direito das partes de participar efetiva e utilmente da formação do convencimento do juiz sobre os fatos relevantes para a definição dos seus direitos e de suas obrigações das partes, ou seja, o direito à prova.

---

<sup>394</sup> MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 361.

A democracia, como aduz Arthur Kaufmann, tem como parte essencial o pluralismo, que é, por sua vez, “uma condição de possibilidade da verdade”.<sup>395</sup> Processo plural, como condição de possibilidade da verdade, é aquele em que é reconhecido às partes o direito de produzir prova dos fatos que alegam como fundamento de suas pretensões.

#### **4.4 Efetividade da jurisdição e do processo e direito à prova**

A Constituição da República, ao reconhecer o direito à tutela jurisdicional dos direitos (art. 5º, XXXV), torna certa a existência do direito à efetividade dos instrumentos por ela dispostos para este fim, isto é, a jurisdição e o processo.

Abre-se, aqui, um parêntese para esclarecer que a efetividade em sentido amplo comporta elementos da organização dos serviços judiciários e dos seus instrumentos de atuação (eficiência), da realização dos fins para os quais tais serviços e instrumentos são dispostos (eficácia) e do atendimento das demandas sociais a eles relacionados (efetividade em sentido estrito).

Neste contexto, afirma-se que jurisdição e processo efetivos são aqueles:

- a) aos quais se tem real e fácil acesso;<sup>396</sup>
- b) atuados por meio de procedimentos simplificados e que favoreçam o julgamento do mérito da demanda;<sup>397</sup>
- c) adequados ao direito material que cumprem realizar praticamente e ao caso concreto;<sup>398</sup>
- d) que realizam os fins a que se destinam no menor espaço de tempo possível (razoável duração do processo e processo sem dilações indevidas), com o mínimo emprego de atividade processual e o menor dispêndio econômico possíveis (economia processual);

---

<sup>395</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*, p. 444.

<sup>396</sup> Nenhum instrumento servirá aos fins aos quais se dirige se for de difícil acesso. Daí a necessidade de lutar contra os vários obstáculos que se colocam ao acesso à justiça.

<sup>397</sup> Nenhum instrumento servirá aos fins aos quais se dirige se for marcado pelo excessivo apego às formas. A observância da forma não pode ser mais importante do que a realização concreta do direito material carente de tutela.

<sup>398</sup> O respeito ao caso concreto humaniza a jurisdição e o processo.

- e) que se desenvolvem publicamente,<sup>399</sup> sob direção de um juiz previamente apontado como competente, independente e imparcial, em contraditório e com amplo direito de defesa, exercidos em simétrica paridade, com concreta e útil participação das partes na formação do provimento judicial;
- f) capazes de assegurar às partes aquilo e exatamente aquilo que lhes é reconhecido pela ordem jurídica, nem mais nem menos, no sentido, em relação ao autor da demanda, da obtenção do mesmo resultado que alcançaria se o dever correspondente ao seu direito tivesse sido adimplido espontânea e oportunamente, e, em relação ao réu, de imposição do dever que lhe cabe em relação ao direito do autor na exata medida prevista pelo ordenamento jurídico;<sup>400</sup>
- g) aptos a fazer valer o direito reconhecido na decisão judicial;<sup>401</sup>
- h) informados por um sistema recursal racional;
- i) que contam com a atuação ativa do juiz, no sentido do respeito ao processo justo e da produção de uma decisão justa do conflito de interesses a ser julgado;
- j) que valorizem as ações coletivas como instrumentos da tutela de direitos de feição coletiva.<sup>402</sup>

Estes constituem os *indicadores da efetividade da jurisdição e do processo*, cuja presença deve ser apurada caso a caso, não havendo modelo estático de jurisdição e processo efetivos.

Do direito à efetividade da jurisdição e do processo decorre o direito à prova. É que sem a demonstração dos fatos de que decorre o direito deduzido em juízo não será possível a sua confirmação e tutela jurisdicional, ao passo que a não concessão de tutela a direito assegurado pela ordem jurídica, inclusive por deficiência na demonstração da sua

<sup>399</sup> Ressalvadas as situações em que a defesa da intimidade das partes exigir restrição à publicidade (art. 93, IX, da Constituição da República).

<sup>400</sup> Efetivos são a jurisdição e o processo adequados à justa solução do conflito de interesses submetido ao Judiciário, isto é, que produza uma decisão individual e socialmente justa, observando-se que, como assinala Héctor Fix-Zamudio, ao direito de ação, tradicionalmente considerado um direito formal à tutela jurisdicional, tem sido conferido na atualidade “um conteúdo material, vale dizer como *direito humano à justiça*” (FIX-ZAMUDIO, Los derechos humanos e el Poder Judicial. In *Human rights and the Judiciary. Los derechos humanos e el Poder Judicial. Droits de l'homme et le Pouvoir Judiciaire*, p. 72).

<sup>401</sup> Não há efetividade onde não é assegurada a eficácia das decisões judiciais.

<sup>402</sup> As ações coletivas não constituem apenas um método alternativo de solução de conflitos de interesses, mas um valioso instrumento de acesso à justiça, não apenas no sentido de acesso aos tribunais, mas, principalmente, no de acesso à decisão justa.

existência, impede a jurisdição e o processo de alcançarem o fim a que se destinam, afetando, com isso, a sua efetividade.

Como observa Eugenio Florian, “a prova impregna todo o processo, lhe imprime movimento e chega a converter-se em base da sentença. Ao legítimo desenrolar da prova está vinculado um interesse público tão alto, que ela constitui objeto peculiar de proteção jurídica, penalmente sancionada”.<sup>403</sup>

O direito à prova constitui, portanto, uma manifestação do direito à efetividade da jurisdição e do processo.

#### **4.5 Direito ao procedimento e direito à prova**

As partes têm direito ao procedimento, no sentido de garantia de existência de instrumental processual adequado e eficaz à plena realização dos direitos assegurados pela ordem jurídica<sup>404</sup> e no de “de participação no procedimento”<sup>405</sup> no qual serão definidos os seus direitos e obrigações.

Neste contexto, pode-se afirmar que as partes têm também direito à prova, sendo este direito uma manifestação do direito ao procedimento.

#### **4.6 Ainda em favor da existência do direito à prova**

Ao lado dos argumentos acima alinhados, pode-se acrescentar, em favor do reconhecimento da existência do direito à prova, que:

---

<sup>403</sup> FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, p. 42.

<sup>404</sup> Cristina Queiroz aduz que, “de forma esquemática, segundo Gomes Canotilho, os cidadãos têm direito a exigir do Estado procedimentos e processos adequados que garantam os respectivos direitos perante o Estado e perante os seus concidadãos [...]. Em termos breves, a existência de um ‘direito subjetivo ao procedimento/processo’. E acrescenta, citando Goerlich: ‘qualquer direito material postula uma dimensão processual e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica necessariamente reconhecer um direito subjetivo ao procedimento/processo indispensável para garantir a eficácia do direito material’ [...]. De acordo com Gomes Canotilho, o ‘direito ao procedimento’ implicaria: - um direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais e processuais; - um direito à interpretação e aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais” (QUEIROZ, *Direitos fundamentais sociais: funções...*, p. 51, 60 e 61).

<sup>405</sup> CANOTILHO, *Constituição e défice...*, in: *Estudos sobre direitos...*, p. 83.

- a) estabelece o art. 282, VI, do Código de Processo Civil que o autor deve indicar na petição inicial as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, ao passo que, segundo o art. 300 do mesmo Código, o réu deve especificar na contestação as provas que pretende produzir. Em suma, na petição inicial e na contestação devem ser indicados os fatos que fundamentam as pretensões das partes e as provas com as quais estas pretendem demonstrar sua veracidade. Essas exigências traduzem a garantia de que as partes têm assegurada a oportunidade para provar os fatos que fundamentam a sua pretensão, o que implica reconhecer-lhes o direito à prova;<sup>406</sup>
- b) o art. 332 do Código de Processo Civil dispõe que: “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”. Isso significa que as partes têm o direito de utilizar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, isto é, o direito à prova;<sup>407</sup>
- c) a confirmação da existência do direito deduzido pela parte tem como condição a demonstração da ocorrência do seu fato constitutivo. Assim, o reconhecimento judicial do direito deduzido está subordinado à prova do seu fato constitutivo. Dispõe o art. 129 do Código Civil que: “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer”. Deste comando legal resulta que a parte tem direito a que não seja obstado o implemento da condição necessária ao reconhecimento judicial do seu direito. Transportada esta conclusão para o processo judicial, pode ser dito que as partes têm direito de provar o fato que, segundo a ordem jurídica, faz nascer o direito deduzido em juízo, ou que o extingue ou modifica, ou seja, o direito à prova;
- d) às partes cumpre produzir a prova da veracidade dos fatos que alegam como fundamento de sua pretensão. Dito de outra forma, as partes têm o ônus da

---

<sup>406</sup> Se as provas devem ser indicadas é porque as partes têm direito à sua admissão e produção. Não teria sentido exigir a indicação das provas a serem produzidas e negar a possibilidade de sua produção.

<sup>407</sup> Também Cândido Rangel Dinamarco infere o reconhecimento do direito à prova do art. 332 do CPC, afirmando que “no plano infraconstitucional o direito à prova está indiretamente afirmado pelo art. 332 do Código de Processo Civil” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 46).

prova (art. 333 do CPC e art. 818 da CLT). O ônus, como aduz Giuseppe Chiovenda é “a condição, em que pode uma pessoa encontrar-se, de ter que agir de certa maneira para alcançar certo resultado ou evitar certa consequência danosa”.<sup>408</sup> À parte que tem o ônus de demonstrar a veracidade de um fato não pode ser negada a possibilidade de atuar no sentido de dele se desincumbir. As partes têm direito de se desincumbir do seu ônus de prova, isto é, de produzir a prova dos fatos que aponta como fundamento de sua pretensão. O direito à prova resulta, portanto, da imposição às partes do ônus de provar os fatos que alegam em juízo. Atribuir um ônus implica condicionar o alcance de um determinado resultado a certo comportamento. Neste contexto, por ser um ônus, a prova é também um direito,<sup>409</sup>

- e) dispõe o art. 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que é nula a convenção sobre o ônus da prova que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Esta previsão vincula a prova ao exercício do direito (negar o acesso à prova é negar o acesso ao direito) e torna certo ser insustentável decisão, legislativa ou judicial, que torna impossível o acesso à prova, garantindo, com isso, o direito à prova;
- f) ao juiz é imposto o dever de apontar na decisão os motivos da formação do seu convencimento sobre os fatos controvertidos (art. 131 do CPC, art. 832 da CLT e art. 93, IX, da Constituição da República). Como registra Francesco Carnelutti, as normas que regulamentam a fixação dos fatos controvertidos “estabelecem uma primeira e mais ampla obrigação do juiz, de conteúdo negativo: obrigação de não colocar na sentença fatos discutidos que não hajam sido fixados mediante algum dos processos estabelecidos pela lei”.<sup>410</sup> Sendo assim, as partes, como é reconhecido por Chaïm Perelman, têm o direito de “fornecer ao juiz elementos de fatos e de direito, que permitirão, a um só tempo, formar uma convicção e motivar sua decisão”.<sup>411</sup> Em suma, as partes têm o direito de instruir o juiz sobre os fatos controversos, a ele fornecendo elementos de convicção sobre a sua ocorrência, ou não. Com isso,

---

<sup>408</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 430.

<sup>409</sup> Atribuir à parte um ônus e impedir o comportamento por ele exigido é atribuir não um ônus, mas uma situação que para ela é irreversível.

<sup>410</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 45.

<sup>411</sup> PERELMAN, *Ética e direito*, p. 490-491.

afirma-se que o direito à prova decorre da exigência de motivação das decisões judiciais.

#### **4.7 O reconhecimento da existência do direito à prova na doutrina e no direito nacionais e estrangeiros**

Demonstrada nos itens anteriores a existência do direito à prova, vale a pena lançar um olhar, ainda que limitado, sobre algumas contribuições fornecidas pela doutrina, nacional e estrangeira, sobre o tema.<sup>412</sup>

Ada Pellegrini Grinover afirma que

a garantia do contraditório, essencial ao exercício legítimo da função jurisdicional, e da qual brota o direito de defesa do réu, não assegura apenas uma participação formal dos interessados no provimento, mas só pode ser entendida em sua dimensão positiva, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. Dentre as atividades necessárias à tutela do interesse postulado pelas partes, sobressai, sem dúvida, a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o *direito à prova* constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa.<sup>413</sup>

Para Ada Pellegrini Grinover, os argumentos em favor do reconhecimento do direito à prova são confirmados e reforçados no atual texto constitucional, que assegura “*que ninguém será privado de sua liberdade ... sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). E essa cláusula [...] compreende [...] o direito de apresentar provas [...]. Mais ainda, diante da disposição do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, que incorpora ao rol dos direitos e garantias aquelas adotadas em *tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte*, e em face da adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo integral cumprimento foi determinado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, também configura garantia inerente ao nosso sistema processual a prevista no art. 8º, §2º, letra *f*, do referido texto internacional:

<sup>412</sup> Quando do exame da existência do direito à prova, foram noticiadas lições doutrinárias sobre a questão. Neste item, serão apontadas outras lições doutrinárias sobre a mesma questão, no intuito de possibilitar uma visão mais ampla sobre a forma pela qual a doutrina a enfrenta.

<sup>413</sup> GRINOVER, O direito à prova..., *in: Processo em evolução*, p. 323.

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: f) direito de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.<sup>414</sup>

Ada Pellegrini Grinover, portanto, relaciona o direito à prova ao direito ao contraditório e ao devido processo legal e aos direitos assegurados às partes do processo judicial pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Eduardo Cambi assinala que o direito à prova encontra seu fundamento normativo na Constituição, posto que pode ser implicitamente deduzido “das garantias constitucionais do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório” e é explicitamente reconhecido “a partir da regra contida no art. 5º, § 2º, da CF, que incorpora, no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 8.2. da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), bem como o art. 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.<sup>415</sup> Eduardo Cambi faz derivar o direito à prova do conjunto das garantias processuais que conformam o devido processo legal, ao passo que, na linha adotada por Ada Pellegrini Grinover, também fundamenta a sua conclusão na *Convenção Americana de Direitos Humanos*, à qual acrescenta o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*.

Fabiana Del Padre Tomé afirma que “o direito à produção probatória decorre da liberdade que tem as partes de argumentar e demonstrar a veracidade de suas alegações, objetivando convencer o julgador”.<sup>416</sup> Tem-se aqui o reconhecimento de que o direito à prova decorre da liberdade que às partes é assegurado para demonstrar a veracidade do que alegam em juízo.

Guilherme Guimarães Feliciano observa que “o dever de cooperação em sede probatória deriva, em larga medida, do reconhecimento, pela moderna processualística, de um *direito de prova* (ou – como preferem autores franceses e belgas – *direito à prova*). Di-lo a melhor doutrina, quando assera que, se a maior parte dos sistemas jurídicos contemporâneos tende a reconhecer um legítimo *direito à prova*, só pode fazê-lo em contraposição a um correspondente dever – que, neste caso, há de ser um certo *dever de colaboração* em matéria de prova, imposto às partes no processo. Reconhecê-lo é, também aqui, romper com o paradigma liberal do juiz contemplativo, que ‘choca o sentimento de lealdade no debate judicial’ e cujo rigor os tribunais de hoje se vêem forçados a atenuar, com fundamento em

---

<sup>414</sup> GRINOVER, O direito à prova..., in: *Processo em evolução*, p. 325.

<sup>415</sup> CAMBI, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 19.

<sup>416</sup> TOMÉ, *A prova no direito tributário*, p. 230-231.

princípios de equidade e de boa-fé, a tal ponto que o ‘o adágio *Nemo tenetur edere contra se* desde então está definitivamente banido do nosso Direito’. Logo, não se pode razoavelmente cogitar de um direito de prova se não se admite, em boa medida, um dever de cooperação que lhe corresponda”.<sup>417</sup> Destarte, Guilherme Guimarães Feliciano vê no direito à prova uma exigência da imposição às partes do dever de cooperação na solução dos conflitos de interesses em que estejam envolvidas.

Héctor Fix-Zamudio considera ser o direito à prova um dos elementos do devido processo legal, por ele descrito como

o conjunto de instituições processuais, que tem por pressuposto indispensável o *acesso à justiça*, o *direito de defesa*, que do ponto de vista jurisdicional compreende o direito ao juiz natural independente e imparcial, e do ponto de vista dos jurisdicionados, se compõe de várias garantias processuais, como são as relativas ao direito de contar com assistência profissional; a *publicidade*; *concentração do procedimento em audiência oral*; *informação* permanente sobre a forma e conteúdo do processo; os direitos de *oferecer provas pertinentes* e colaborar com o juiz na sua produção; de *formular alegações*; a que ao terminar o processo regularmente por meio da *sentença, esta seja fundada e motivada*; à possibilidade de *interpor recursos*, inclusive aqueles de natureza constitucional, e finalmente a que se *execute efetivamente* dito pronunciamento judicial.<sup>418</sup>

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que

entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o *contraditório* e a *ampla defesa*. Expressões diferentes para identificar o mesmo fenômeno: a necessidade de o sistema processual infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz. Isso implica, evidentemente, a produção das provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado. O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa [...]. Em última análise, o amplo acesso aos meios de prova constitui corolário natural dos direitos de ação e defesa”.<sup>419</sup>

Nelson Nery Junior, que considera o direito de ação e de defesa manifestações do contraditório, sustenta que este assegura às partes o direito de “deduzir pretensões e defesas, de realizar provas que requerem para demonstrar a existência do seu direito [...]. O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de

<sup>417</sup> FELICIANO, *Direito à prova e dignidade humana*, p. 39-40.

<sup>418</sup> FIX-ZAMUDIO, *Los derechos humanos e el Poder Judicial. In Human rights and the Judiciary. Los derechos humanos e el Poder Judicial. Droits de l'homme et le Pouvoir Judiciaire*, p. 69.

<sup>419</sup> BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 22-23. O direito à prova é relacionado pelo autor acima ao direito ao contraditório e à defesa.

realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária”.<sup>420</sup> O direito à prova é aqui relacionado com o direito ao contraditório.

Gerhard Walter relaciona o direito à prova ao princípio do Estado de Direito, afirmando que “o princípio do Estado de Direito garante uma pretensão de justiça e pelo mesmo, um direito à prova. Esse direito à prova garante que, *em princípio*, se podem utilizar com fins probatórios todos as circunstâncias que possam demonstrar uma verdade”.<sup>421</sup>

Consoante Hernando Devis Echandía,

assim como existe um direito subjetivo de ação para iniciar o processo e obter nele uma sentença, o mesmo que um direito de recorrer que prolonga os efeitos daquele, pode ser afirmado que existe um direito subjetivo de provar, no processo, os fatos dos quais se intenta deduzir a pretensão formulada ou a exceção proposta [...]. Se trata [...] de um direito subjetivo processual [...] que corresponde a todas as pessoas que intervêm no processo tenham ou não razão em suas pretensões ou defesas [...]. Sujeito passivo deste direito subjetivo processual é o juiz, que está obrigado a determinar e produzir as provas requeridas com as formalidades legais e sempre que a lei não as considere inadmissíveis.<sup>422</sup>

J. J. Gomes Canotilho assinala que “o direito constitucional à prova surge, a maior parte das vezes, ou dissolvido nos princípios de direito e processo penal constitucionalmente consagrados (‘direito de defesa’, ‘direito ao contraditório’, ‘direito de intervenção no processo’, ‘proibição de provas ilícitas’) ou associado ao direito e tutela jurisdicional”, afirma que “não deixa de ser intrigante que sendo a prova e o direito probatório um exercício de ‘passagem’ nos limites da juridicionalidade, o direito constitucional acabe por fornecer apenas indicações fragmentárias sobre o direito probatório” e propõe

deslocar o direito à prova do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional. Neste sentido poderá falar-se de um *direito constitucional à prova* entendido como o poder de uma parte (pessoa individual ou pessoa jurídica) ‘representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável’ e de ‘exibir os meios representativos desta realidade’. Talvez se possa dizer que, em rigor, o direito constitucional à prova abrange o *direito à prova em sentido lato* (poder de demonstrar em juízo o *fundamento da própria pretensão*) e o *direito à prova em sentido estrito* (alegando matéria de facto e procedendo à demonstração da sua existência).<sup>423</sup>

<sup>420</sup> NERY JUNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 205-206.

<sup>421</sup> WALTER, *apud* CAMBI, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 35.

<sup>422</sup> ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, t. I, p. 23.

<sup>423</sup> CANOTILHO, O ónus da prova na..., *in: Estudos sobre direitos...*, p. 169-170. J. J. Gomes Canotilho propõe, como se viu, localizar a questão relativa ao direito à prova no terreno constitucional, ao que é acrescentado que ela também deve ser examinada à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial porque, ainda segundo o autor em destaque, verdadeiro Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos humanos (*Op. cit.*, p. 233).

Para Joan Pico I Junoy,

o direito à prova é aquele que possui o litigante consistente na utilização dos meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão jurisdicional acerca do discutido no processo [...]. O caráter subjetivo do direito à prova decorre do fato de que o seu exercício requer a vontade de uma das partes, pois estas são as que têm o poder de propor o meio probatório que pretendem seja admitido, praticado e valorado judicialmente.<sup>424</sup>

Jordi Ferrer Beltrán aduz que “o cidadão tem direito de provar que ocorreram, ou não, os fatos a que o direito vincula consequências jurídicas. Somente deste modo pode ser garantida uma correta aplicação do direito e [...] adequada segurança jurídica”.<sup>425</sup> Tem-se, assim, a vinculação do direito à prova à concretização dos direitos assegurados pela ordem jurídica e à segurança jurídica.

Michele Taruffo afirma que entre o complexo das garantias processuais das partes está o direito à prova, que “se define usualmente como o direito de toda parte de produzir toda a prova relevante que possui, de obter a apresentação da prova relevante que está de posse de outras partes ou de terceiros, e que toda esta prova seja devidamente considerada pelo tribunal. O direito à prova é um aspecto fundamental do direito de ação e de defesa: na verdade, seria um sem sentido dizer que as partes podem exercer estes direitos, mas que não se lhes permite provar por nenhum meio disponível as alegações fáticas que são a base de suas pretensões e defesas.”<sup>426</sup> A prova, sob este prisma, constitui uma manifestação do direito de ação e de defesa.

A existência do direito à prova é também reconhecida de forma expressa ou implícita em vários ordenamentos jurídicos.

Na Colômbia, prevê o art. 29, inciso 4, da Constituição que a parte tem direito “a apresentar provas e a contrariar as que se produzam contra ela”.<sup>427</sup>

A Constituição da Espanha dispõe, no art. 24.2, que: “Todos têm direito [...] de utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa”.<sup>428</sup>

<sup>424</sup> JUNOY, *El derecho à la prueba en el proceso civil*, p. 18-20.

<sup>425</sup> BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 54.

<sup>426</sup> TARUFFO, *Investigación judicial y...*, *Revista Derecho*.

<sup>427</sup> Luiz Bernardo Ruiz Jaramillo, a partir do que prevê a Constituição colombiana, afirma que direito fundamental à prova é a “posição jurídica fundamental que possui, em razão da CP (Constituição Política) e da lei, aquele que tem a condição de parte ou de alguma forma de interveniente ou que pretende sê-lo em um futuro processo, consistente na exigência ao juiz de garantia, admissão, prática e valoração da prova proposta com o fim de contribuir para a formação de sua convicção sobre a verdade dos fatos que são pressupostos do direito ou do interesse material que se disputa” (JARAMILLO, *El derecho a la prueba...*, *Revista Estudios de Derecho*).

<sup>428</sup> Comentando o art. 24 da Constituição espanhola, afirma Antonio E. Perez Luño que ele inclui entre as garantias processuais de todos os direitos, a “garantia de um processo devido em suas distintas fases [...] e que, à

Na doutrina italiana, colhe-se a afirmação de que o direito à prova é assegurado pela Constituição daquele país.

Luigi Paolo Comoglio sustenta ser possível identificar no art. 111 da Constituição italiana,<sup>429</sup> como requisitos *mínimos e necessários* de um processo justo: a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e o juiz; o princípio da legalidade, no sentido de sujeição do juiz somente à lei; a independência e autonomia do Poder Judiciário; o direito ao juiz natural; o direito de agir em juízo; a defesa como direito inviolável; a garantia de acesso aos meios para agir e defender-se diante dos órgãos jurisdicionais; o direito à fundamentação das decisões judiciais; e o direito ao recurso.<sup>430</sup>

Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo afirmam que o agir em juízo, que é garantido pela Constituição italiana (art. 24), compreende o poder, derivado do poder de propor uma demanda, de “atuar na forma consentida, durante o curso do juízo, para fazer valer oportunamente as próprias razões, isto é, o poder de cumprir no processo aquela atividade (de alegação, de dedução, de argumentação e de prova), as quais são necessárias (e comumente útil) à concreta obtenção da tutela requerida”, e que o direito à prova constitui “componente insuprimível do ‘poder de agir’” e consiste na “possibilidade de produzir ou de fazer admitir e assumir pelo juiz todos os meios probatórios consentidos (ou não vedados) pelo sistema, os quais são relevantes para a demonstração dos fatos alegados e deduzidos como fundamento das diversas pretensões”.<sup>431</sup>

Examinando o art. 24, inciso I, e o art. 111 da Constituição italiana, Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo incluem entre os requisitos inderrogáveis de qualquer procedimento jurisdicional, o “direito efetivo à admissão e à assunção da prova relevante, no contraditório (também pessoal) das partes” e “a proibição de limitações probatórias que sejam a tal ponto onerosa, que torne praticamente impossível, se absoluto, ou irracionalmente difícil, se relativa, a prova dos fatos controversos”.<sup>432</sup>

---

sua vez, se desdobra nos direitos, à defesa e assistência de profissional; a ser informado da acusação formulada; a um processo público e sem dilações indevidas e com todas as garantias; **a utilizar os meios de prova pertinentes para a defesa**” (LUÑO, *Los derechos humanos*, p. 81). O destaque é nosso.

<sup>429</sup> “A jurisdição atua mediante o justo processo regulado pela lei. Todo processo se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de um juiz terceiro e imparcial...”.

<sup>430</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 27-29. Luigi Paolo Comoglio afirma que as *garantias mínimas e essenciais* apontadas no art. 111 da Constituição Italiana constituem o núcleo dos elementos garantísticos invioláveis do processo justo (*Op. cit.*, p. 29) e, comentando o art. 6º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, afirma que as garantias processuais nele estabelecidas “identificam o paradigma-base de um processo équo, racional e justo”, estando entre elas “o direito à prova (ou seja, o direito de agir e defender-se provado)” (COMOGLIO, *Garantie costituzionali e...*, in: *Revista de processo*, p. 107-108).

<sup>431</sup> COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, v. I, p. 64, 67.

<sup>432</sup> COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, v. I., p. 76.

Italo Andolina e Giuseppe Vignera aduzem que a jurisprudência e a doutrina italiana assinalam a “relevância constitucional do poder das partes de ‘representar ao juiz a realidade dos fatos a elas favoráveis’ e de ‘exibir os meios representativos desta realidade’” e acrescentam que o fundamento normativo do direito constitucional à prova está no inciso I do art. 24 da Constituição italiana.<sup>433</sup>

Como é bem lembrado por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, a função do ordenamento jurídico é realizada em duas fases,

em um primeiro momento, o ordenamento assegura a *tutela jurídica* de determinados interesses subjetivos [...] na aquisição ou conservação de certos bens, escolhendo na massa indiferenciada dos interesses aqueles que considera merecedores da sua proteção (jurídica) e fazendo da realização dos interesses escolhidos o elemento teológico dos [...] específicos preceitos normativos. Em uma segunda fase imediatamente sucessiva, pois, o ordenamento se preocupa em garantir a *tutela jurisdicional* dos interesses juridicamente qualificados, apresentando um complexo de instrumentos dirigidos a assegurar a atuação das normas jurídicas (e conseqüentemente a satisfação dos interesses por estas protegidos) independentemente da vontade dos seus destinatários: estes instrumentos se concretizam essencialmente no processo.<sup>434</sup>

Italo Andolina e Giuseppe Vignera acrescentam que,

reconhecendo a todos a possibilidade de agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, o inciso I do art. 24 da Constituição afirma veementemente (de um lado) que o legislador infraconstitucional tem o dever de predispor mecanismos idôneos a assegurar [...] a realização jurisdicional [...] dos interesses reconhecidos pelo ordenamento; e que o titular de interesse jurídico não satisfeito tem o direito de obter a atuação coativa.<sup>435</sup>

Concluem Italo Andolina e Giuseppe Vignera que “como [...], diante do órgão jurisdicional as partes estão em condições de absoluta igualdade, de forma que [...] a palavra de uma vale tanto quanto a da outra, o juiz somente poderá conferir a tutela requerida àquele (entre os dois litigantes) que conseguir *provar* que o seu interesse substancial deduzido em juízo é reconhecido pelo ordenamento jurídico” e que,

em definitivo, a tutela jurisdicional de um interesse juridicamente protegido depende da demonstração da sua titularidade pelo sujeito pretendente àquela tutela [...]. Porque (por um lado) o portador de um interesse qualificado tem o *direito* de obter a tutela jurisdicional e porque (por outro lado) o único meio para obtê-la consiste na

<sup>433</sup> ANDOLINA; VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*:..., p. 97-99. De acordo com o inciso I do art. 24 da Constituição italiana: “Todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos”.

<sup>434</sup> ANDOLINA; VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*:..., p. 100.

<sup>435</sup> ANDOLINA; VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*:..., p. 102-103.

prova da procedência da sua pretensão, deriva necessariamente que, se se negar ao titular de um direito subjetivo (ou de um interesse legítimo) o poder de demonstrar aquela sua qualidade, será ele impedido *de fato* de alcançar a tutela jurisdicional assegurada pela Constituição [...]. Uma das condições de efetividade da garantia do art. 24, inciso I, da Constituição consiste [...] na atribuição à parte (que pede em juízo a tutela de seu interesse juridicamente qualificado) o poder de demonstrar a procedência de sua pretensão (*direito à prova em sentido lato*), alegando elemento de fato, fornecendo a demonstração da sua existência (direito à prova em sentido estrito) e aduzindo argumentos de natureza jurídica.<sup>436</sup>

Ainda na Itália, afirma Andrea Proto Pisani que “o tema do direito à prova entra definitivamente na jurisprudência da Corte constitucional com a sentença 248/1974, a qual, [...] conclui afirmando que 'o art. 247 c.p.c. viola o art. 24 cost., limitando injustificadamente o direito à prova, que constitui núcleo essencial do direito de ação e de defesa’”.<sup>437</sup>

Registre-se, por fim, que Augusto Mario Morello e Luigi Paolo Comoglio incluem o direito à prova, no sentido de direito de “valer-se, em juízo, dos meios, ainda que atípicos, de prova direta ou contraprova que sejam legalmente admissíveis e pertinentes”, entre os componentes das “bases constitucionais mínimas do processo civil ‘justo’ para América Latina”.<sup>438</sup>

Em suma, os entendimentos colecionados permitem concluir que a doutrina nacional e a estrangeira admitem a existência do direito à prova,<sup>439</sup> ao passo que a referência a algumas normas de direito interno de alguns países demonstra que mesmo o legislador, inclusive, o constituinte, tem manifestado preocupação com o reconhecimento do direito à prova às partes do processo judicial.

#### 4.8 Conteúdo do direito à prova

Para exercer em plenitude um direito é indispensável conhecer o seu conteúdo. Daí a tentativa de estabelecer o conteúdo do direito à prova, sendo relevante mencionar, neste sentido, a lição de José Carlos Vieira de Andrade no sentido de que “são frequentemente múltiplas as faculdades incluídas num direito constitucionalmente consagrado, faculdades que

<sup>436</sup> ANDOLINA; VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile:...*, p. 103-104. Os autores em questão derivam o direito à prova do direito à tutela jurisdicional assegurada pela Constituição italiana.

<sup>437</sup> PISANI, Chiose sul diritto..., in: *Revista de processo*, p. 94.

<sup>438</sup> COMOGLIO, *Ética e técnica del 'giusto processo'*, 416.

<sup>439</sup> Vale chamar a atenção para o fato de que a doutrina nacional majoritária nega o reconhecimento expresso do direito à prova pela Constituição da República de 1988, posição da qual ousamos discordar.

têm objeto e conteúdos distintos, que são oponíveis a destinatários diferentes, determinam deveres de variado tipo e que podem ter até titulares diversos” e que

quando se fala em direito subjetivo fundamental não se pode, pois, pensar ‘num singular poder ou pretensão jurídica unidimensional ou unidirecional’, antes a representação mais adequada é a de um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direções distintas.<sup>440</sup>

É isso que ocorre com o direito à prova, que é também um direito pluridimensional, o que se deve ao fato de possuir a prova vários momentos no processo e de que em todos eles se apresentar algo que a parte pode legitimamente exigir dos órgãos jurisdicionais.

A definição do conteúdo do direito à prova permite, por outro lado, estabelecer o seu âmbito de proteção.

As partes têm direito:

- a) de dispor das fontes e dos meios de prova ou, dito de outra forma, de acesso às fontes e aos meios de prova;<sup>441</sup>
- b) de indicar/propor a produção de prova: as partes têm direito de indicar ao juiz as provas que pretendem utilizar para demonstrar a veracidade dos fatos que alegam como fundamento de suas pretensões;<sup>442</sup>
- c) ao adequado exame de admissibilidade da prova oportunamente indicada e de participar do exame da admissibilidade das provas indicadas à produção pela parte contrária<sup>443</sup> ou cuja produção tenha sido determinada pelo juiz;

<sup>440</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 173.

<sup>441</sup> Por esta razão, a parte pode requerer e o juiz pode determinar a exibição de documentos ou coisas pela parte contrária ou mesmo terceiros (arts. 355 e 360 do CPC), o interrogatório da parte e a inquirição de testemunha podem ser realizadas antecipadamente, quando, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor (art. 847, II, do CPC), tem a parte, no processo do trabalho, o direito à intimação da testemunha ausente (art. 852-H, §3º, da CLT) e a parte pode substituir a testemunha que vier a falecer (art. 408, I, do CPC), por exemplo.

<sup>442</sup> Neste sentido, prevê o art. 282, VI, do Código de Processo Civil que o autor deverá indicar na petição inicial as prova com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, ao passo que, segundo o art. 300 do Código de Processo Civil, o réu deverá especificar, na sua defesa, as provas que pretende produzir.

<sup>443</sup> Como aduz Adolf Schönke, “a parte contrária tem de se pronunciar sobre os meios de prova, pode colocar objeções à sua admissibilidade, sua eficácia jurídica, ou o crédito que mereça um meio de prova (**exceções probatórias**)” (SCHÖNKE, *Direito processual civil*, p. 275-276). É por esta razão que às partes é assegurado o direito de manifestação sobre documentos juntados aos autos (arts. 398 do CPC e 852-H, § 1º, da CLT) e de contraditar testemunhas (art. 414, § 1º, do CPC), por exemplo.

- d) de produzir<sup>444</sup> a prova admitida e de participar da produção de todas as provas que tenham sido admitidas ou cuja produção tenha sido determinada pelo juiz;<sup>445</sup>
- e) de criticar a prova produzida, fornecendo, com isso, elementos para a sua valoração pelo juiz;<sup>446</sup>
- f) à contraprova, isto é, de produzir prova contrária à que tenha sido produzida pelo seu adversário ou por determinação judicial;<sup>447</sup>
- g) de dispor do resultado da prova ou à adequada valoração da prova produzida. As partes têm direito a que a prova por elas produzida seja levada em conta na formação do convencimento do juiz sobre a veracidade dos fatos controversos.<sup>448</sup>

O direito à prova se manifesta, portanto, de várias formas, mas o seu núcleo essencial está na participação democrática e útil na construção da decisão que definirá os direitos e as obrigações das partes litigantes.

Definido o conteúdo do direito à prova, destacam-se em sequência, algumas lições doutrinárias sobre o tema.

Ada Pellegrini Grinover assevera que

o *direito à prova* abrange todas as fases do procedimento probatório. Assim, deve ser reconhecido, num primeiro momento, um direito das partes à *proposição* das provas, direito sobre o qual não se discute, mesmo em sistema menos afeitos às garantias do processo. Aos interessados no provimento jamais é negado a singela faculdade de indicar ou requerer ao magistrado os meios de prova que entendem

<sup>444</sup> De nada adianta à parte ter admitida a prova proposta se for impedida ou dificultada a sua produção.

<sup>445</sup> Como aduz M. P. Fabreguettes, “nenhum fato pode ser tido por provado senão quando a prova é feita [...] *contraditoriamente*” (FABREGUETTES, *A lógica judiciária e a arte de julgar*, p. 66). Note-se que em relação à prova pré-constituída não há que se falar em direito na participação na sua produção. Contudo, à parte não pode ser negada a oportunidade de questionar a relevância da prova pré-constituída apresentada pela parte contrária, produzir prova em contrário e discutir o seu valor para a formação do convencimento do juiz. Diante da necessidade de respeitar o contraditório em relação à prova pré-constituída, o art. 398 do Código de Processo Civil dispõe que sempre que uma das partes requerer a juntada de documentos aos autos o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo que cinco dias. Na Alemanha, o direito de participação na produção da prova é expressamente assegurado pelo parágrafo 357 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Às partes é permitido participar da produção da prova”. Como manifestação do direito à participação na produção na prova tem-se no Brasil o direito de indicar assistente técnico e apresentar quesitos ao perito nomeado para a realização da prova pericial (art. 421 do CPC) e de assistir à inspeção judicial (art. 442, parágrafo único, do CPC), por exemplo.

<sup>446</sup> Por esta razão, encerrada a instrução, as partes podem apresentar razões finais (art. 454 do CPC e art. 850 da CLT). Vale lembrar, ainda, que, apresentado o laudo pericial, as partes terão direito de sobre ele se manifestar (art. 433, parágrafo único, do CPC e art. 852-H, § 6º, da CLT).

<sup>447</sup> Daí a previsão, constante do art. 397 do Código de Processo Civil: “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer provar de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”.

<sup>448</sup> Neste sentido, prevê o art. 131 do Código de Processo Civil que o juiz deverá indicar na sentença os motivos que lhe formam o convencimento sobre a veracidade dos fatos controversos.

necessários ao esclarecimento dos fatos. O segundo momento do procedimento probatório é a *admissão* das provas propostas, no qual o juiz, considerando as restrições legítimas feitas pelo ordenamento à introdução da prova no processo [...] o direito examinado não é absoluto, mas deve ser entendido como um *direito às provas lícitas, pertinentes e relevantes* [...]. Igualmente importante é o reconhecimento do direito à prova no momento em que os elementos informativos ingressam no processo, ou seja, por ocasião da *produção* da prova. Trata-se então de assegurar a efetividade do contraditório, não somente pela presença das partes nos atos instrutórios, mas especialmente pela prerrogativa de intervenção na colheita de dados, pela possibilidade de crítica das informações colhidas e ainda pela faculdade de oferecer contraprova [...] o que parece ser o momento culminante do procedimento probatório, também o é para que se verifique a observância do direito à prova: trata-se, evidentemente, do instante da *avaliação* das provas. Com efeito, de nada valeria assegurar às partes o direito à proposição de provas, de admissão das provas lícitas, pertinentes e relevantes de participação ativa no momento da produção, se essas mesmas provas pudessem ser ignoradas pelo juiz no momento de proferir a decisão [...]. O direito à prova, como aspecto essencial do contraditório e da defesa, representa, em síntese, o direito das partes de serem examinadas na sentença as provas relevantes para a solução da causa.<sup>449</sup>

Gilles Goubeaux, citado por Joan Pico I Junoy, considera o direito à prova sob dupla perspectiva: “direito de obter os elementos de prova”, que se exerce frente ao adversário e a terceiros, e o direito de produzir as provas, exercitável frente ao juiz.<sup>450</sup>

Joan Pico I Junoy afirma que

o direito à prova implica, em primeiro lugar, o direito a que se admita toda aquela prova que, proposta por algumas das partes, respeite os limites inerentes à atividade probatória e observe os requisitos legais de proposição [...]. Em segundo lugar, supõe que o meio probatório seja produzido, pois, em caso contrário, estaremos na presença de uma denegação tácita do mencionado direito [...]. Este aspecto do direito objeto de estudo contém ademais a exigência de assegurar a intervenção na prática da prova da parte contrária [...]. O direito de intervir na prática dos diversos meios probatórios, independentemente de quem os tenha solicitado, e inclusive os realizados por iniciativa do órgão jurisdicional, constitui uma manifestação do genérico direito à prova [...]. Em terceiro lugar, o direito à prova exige que o meio de prova probatória admitido e produzido seja valorado pelo órgão jurisdicional (valoração motivada que tem lugar na sentença), já que, do contrário, se estaria retirando sua virtualidade e eficácia.<sup>451</sup>

Jordi Ferrer Beltrán aponta como elementos que integram o direito à prova:

<sup>449</sup> GRINOVER, O direito à prova..., in: *Processo em Evolução*, p. 326.

<sup>450</sup> JUNOY, *El derecho à la prueba en el proceso civil*, p. 19, nota n. 18.

<sup>451</sup> JUNOY, *El derecho à la prueba en el proceso civil*, p. 21-25. Para Joan Pico I Junoy, o direito à prova, “se bem que se configurou inicialmente pensando-se no processo penal, é indubitável a sua vigência em qualquer outra ordem jurisdicional” (*Op. cit.*, p. 33).

- a) o direito de utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos alegados como fundamento de uma pretensão;<sup>452</sup>
- b) o direito à produção das provas admitidas;<sup>453</sup>
- c) o direito a uma valoração racional da prova produzida;<sup>454</sup>
- d) o direito à motivação das decisões judiciais.<sup>455</sup>

Luis Alberto Reichelt sustenta que o conteúdo do direito das partes à prova é composto de quatro projeções fundamentais, a saber: 1) o direito à proposição de produção de provas; 2) o direito à admissão da prova proposta; 3) o direito à produção de provas admitidas pelo juiz; 4) o direito à valoração das provas produzidas e que essas quatro projeções, por sua vez, são instrumentalizadas através de suas garantias, quais sejam:

- a) o direito à participação na construção das decisões relacionadas à propositura, à admissibilidade, à produção e à valoração das provas;
- b) o direito à motivação das decisões relacionadas à proposição, à admissão, à produção e à valoração das provas.<sup>456</sup>

Paolo Tonini afirma que o direito à prova abrange o direito de:

---

<sup>452</sup> Consoante Jordi Ferrer Beltrán, a devida proteção ao direito à prova “pressupõe que se imponha aos juízes e tribunais o dever de admitir todas as provas relevantes apresentadas pelas partes. Isto é, devem ser admitidas todas aquelas provas que hipoteticamente podem ser idôneas para fornecer, direta ou indiretamente, elementos de juízo acerca dos fatos que devem ser provados [...]. Também implicaria violação do direito à prova a limitação da possibilidade de produzir provas relevantes impostas pelo [...] legislador. Neste sentido, devem ser consideradas inconstitucionais aquelas limitações da possibilidade de produzir provas que não resultem justificadas pela proteção de outros direitos fundamentais em conflito” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 55).

<sup>453</sup> É asseverado por Jordi Ferrer Beltrán que “uma concepção robusta do direito à prova não pode conformar-se com qualquer forma de produção da prova no processo. Neste sentido, deverá ser maximizada a participação das partes através do princípio do contraditório, dando em todo momento a cada parte a oportunidade de contraprovar o alegado pela parte contrária” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 56). Em suma, a prova deve ser produzida em contraditório, compondo este a oportunidade de contra-prova.

<sup>454</sup> Assinala Jordi Ferrer Beltrán que a “exigência de valoração racional das provas pode decompor-se em dois elementos distintos: por um lado, se exige que as provas admitidas e produzidas sejam tomadas em consideração para efeito de justificar a decisão que se adote. Por outro lado, se exige que a valoração que se faça da prova seja racional. A primeira das exigências é normalmente cumprida através do recurso à denominada ‘valoração conjunta da prova’ [...]. Deve advertir-se que [...] somente depois de valoradas individualmente as provas poderá fazer-se com rigor uma valoração conjunta delas [...]. Por outro lado, está claro que não basta tomar em consideração todas as provas admitidas e produzidas. É necessário também que a valoração das mesmas, individual e conjunta, se adegue às regras da racionalidade” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 56-57).

<sup>455</sup> A parte tem, como é assinalado por Jordi Ferrer Beltrán, o direito “de obter uma decisão suficiente e expressamente justificada [...]. Esta justificação deverá versar tanto sobre os fatos que o juiz julgue provados como sobre os fatos que declare não provados” (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 57).

<sup>456</sup> REICHELTL, *A prova no direito processual civil*, p. 327.

- a) buscar as provas, sendo por ele afirmado que “ninguém melhor do que a parte para compreender quais são os elementos idôneos a convencer o juiz”;
- b) “obter a admissão dos meios de prova requeridos”, ressaltando que “compete às partes apenas demonstrar a provável relevância e, na dúvida, o requerimento das partes deve ser deferido”, de forma que “o reconhecimento do direito à prova acarreta um limite ao poder discricionário exercido pelo juiz”;
- c) participar da “*produção* dos meios de prova admitidos pelo juiz”; e
- d) “apresentar ao juiz uma valoração dos elementos de prova que foram obtidos”, sendo por ele asseverado que “ao direito das partes corresponde o dever do juiz de dar uma valoração lógica aos elementos de prova. Por conseguinte, o juiz, no ato da motivação, não pode deixar de examinar os resultados de uma prova que seja pertinente e relevante”.<sup>457</sup>

Vê-se, assim, que também a doutrina nacional e a estrangeira atribuem caráter multidimensional ao direito à prova.

#### **4.9 Limites do direito à prova. Cerceamento do direito à prova**

É certo que as partes têm direito à prova. O direito à prova não é, contudo, um direito absoluto, no sentido de direito não sujeito a limites. Neste sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco que o direito à prova

não é irrestrito ou infinito. A Constituição e a lei estabelecem algumas balizas que também concorrem a traçar-lhe o perfil dogmático, a principiar pelo veto às provas obtidas por meio ilícito; em nível infraconstitucional o próprio sistema de *meios de prova*, regido por formas preestabelecidas, momentos, fases e principalmente *preclusões*, constitui legítima delimitação ao direito à prova e ao seu exercício. Falar em direito à prova, portanto, é falar em *direito à prova legítima, a ser exercido segundo os procedimentos regidos pela lei*.<sup>458</sup>

---

<sup>457</sup> TONINI, A *prova no processo penal italiano*, p. 84-86.

<sup>458</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 48.

Não se pode perder de vista, no entanto, que a limitação ao direito à prova não pode resultar na impossibilidade ou extrema dificuldade no seu exercício ou torná-lo vazio de significado para as partes. Como aduz Eduardo Cambi,

as limitações probatórias podem ser justificadas a partir da compreensão do *princípio da proporcionalidade*, que procura harmonizar os diversos direitos, valores ou bens constitucionalmente protegidos. Como toda decisão entre dois interesses contrapostos, a escolha deve procurar dar a maior eficácia ao bem que se pretende tutelar. Desse modo, o princípio da proporcionalidade procura a compatibilização sistemática e axiológica das regras e princípios constantes no ordenamento jurídico, visando à concretização da decisão mais adequada e justa no caso concreto. Além disso, o balanceamento dos bens e dos valores jurídicos é uma ferramenta útil que possibilita o exercício hermenêutico voltado à constante e progressiva evolução do direito. O direito à prova está sujeito a restrições que decorrem da necessidade que o ordenamento jurídico tem de tutelar valores e interesses igualmente dignos de proteção.<sup>459</sup>

As regras que compõem o direito probatório definem os limites do direito à prova, que estão relacionados com:

- a) a natureza processual do ato probatório: o ato probatório será regular e produzirá os efeitos que lhe são próprios quando forem atendidos, na sua prática, aos requisitos relacionados com o lugar, modo, tempo e prazo para a sua prática;
- b) às fontes da prova: o ordenamento jurídico estabelece limites relacionados com as fontes da provas, como se dá, por exemplo, em relação à prova testemunhal;<sup>460</sup>
- c) os meios de prova de que a parte pode lançar mão: o meio de prova proposto pela parte deve ser idôneo e lícito;
- d) o objeto da prova: somente podem ser objeto de provas os fatos alegados, controversos, relevantes, pertinentes, possíveis de prova e determinados, sendo dispensada a prova de fatos notórios, confessados, incontroversos e beneficiados por presunção legal de veracidade;

---

<sup>459</sup> CAMBI, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 37.

<sup>460</sup> O Código de Processo Civil restringe, por exemplo, o acesso à testemunha como fonte de prova, estabelecendo as condições em que a pessoa não pode prestar depoimento como testemunha, por ser considerada incapaz, impedida ou suspeita e, ainda, dispõe que a prova exclusivamente testemunhal somente será admitida em contrato cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados, salvo as exceções expressamente consideradas (arts. 405, 401 e 402).

- e) à valoração da prova: o juiz, embora possa apreciar livremente a prova, somente pode formar a sua convicção com base nas provas carreadas aos autos.<sup>461</sup>

Joan Picó I Junoy, depois de afirmar que “os limites do direito à prova constituem os critérios ou pautas com que conta o órgão jurisdicional na hora de permitir a realização da atividade probatória para formar sua convicção e resolver a questão litigiosa”, classifica estes limites em intrínsecos (“aqueles pressupostos ou condições que, por sua própria natureza, deve cumprir toda prova, sendo estes, a nosso entender, a pertinência e a licitude”) e extrínsecos (os que “se devem ao caráter processual do direito objeto de estudo, e fazem referência às formalidades e vias procedimentais imprescindíveis para o seu exercício”).<sup>462</sup>

Jean-Louis Bergel aduz que “o estabelecimento dos fatos, embora tenda a descobrir a realidade à qual deve aplicar-se a regra de direito, é enquadrado pelo sistema jurídico que, para levar em conta necessidades ou impossibilidades materiais, outros princípios referentes ao fundo do direito, considerações de políticas jurídicas, exigências puramente técnicas [...], às vezes deforma a imagem da realidade. Esses ‘fatores de distanciamento’ são ampliados porque a apreensão do fato pelo direito pressupõe que, uma vez estabelecidos os fatos e consumada a descrição deles, eles recebem uma qualificação jurídica”.<sup>463</sup> Os fatores de distanciamento que informam o estabelecimento de limites à prova não podem implicar completa alienação da ideia de verdade no processo. A liberdade deve prevalecer, como instrumento da verdade.

A partir da definição dos limites impostos ao exercício do direito à prova<sup>464</sup>, podem ser definidas as situações que caracterizam o seu cerceamento, o que contribui para que sejam evitadas e combatidas.

De início, registre-se que, considerando ser a prova um dos meios de que dispõem as partes para defender em juízo os seus direitos, a doutrina e a jurisprudência consideram como sinônimos *cerceamento do direito à de prova* e *cerceamento do direito de defesa*.

---

<sup>461</sup> Esta limitação, embora dirigida ao juiz, alcança as partes, uma vez que elas não podem exigir que o juiz tenha em conta na decisão provas não produzidas.

<sup>462</sup> NUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 117, 40-41.

<sup>463</sup> BERGEL, *Teoria geral do direito*, p. 397-398.

<sup>464</sup> Ao lado destes limites, relacionados com o direito à prova, não se pode perder de vista que existem limites que são próprios da prova produzida no contexto do processo judicial, posto que, como assinala Michele Taruffo, “o processo opera com tempos relativamente curtos, com fontes ou recursos limitados e está orientado à produção de uma decisão tendencialmente definitiva sobre o específico objeto da controvérsia” (TARUFFO, *Conocimiento científico y...*, in: *Proceso, pruebas e estándar*, p. 34).

Contudo, o direito à prova não se resume a uma manifestação do direito de defesa, posto que também constitui manifestação fundamental do direito à tutela jurisdicional, ao devido processo legal e ao contraditório, ao passo que impedir a prova de que decorre o direito é impedir o acesso a este direito. Cercear o direito à prova é, portanto, muito mais do que cercear o direito de defesa. Por esta razão, o cerceamento do direito à prova é tratado nesta tese como uma categoria autônoma.

Cercear o direito à prova é impedir ou dificultar a demonstração da veracidade dos fatos alegados pelas partes como fundamento de suas pretensões.

O direito à prova será cerceado quando for:

- a) impedido ou dificultado o acesso à fonte de prova e/ou aos meios de prova fora das hipóteses em que a ordem jurídica estabelece restrições a este acesso;
- b) impedida a indicação da prova que a parte pretende produzir;
- c) negado o exame da admissão da prova regularmente proposta;
- d) negada ou dificultada a produção da prova admitida;
- e) negada ou dificultada a participação das partes na produção da prova;
- f) negada ou dificultada a oportunidade de criticar a prova produzida pela parte adversa ou por determinação judicial;
- g) negado ou dificultado o direito à contraprova;
- h) negada a adequada valoração da prova produzida.<sup>465</sup>

A consequência do cerceamento do direito à prova será a anulação do processo, a partir do momento de sua caracterização. Contudo, a nulidade somente será declarada se for demonstrado prejuízo à parte que a suscitar (arts. 245 e 249, §1º, do CPC e art. 794 da CLT) e ser for suscitada oportunamente (art. 245 do CPC e art. 795, *caput*, da CLT).

O processo cumprirá a sua função na medida em que permitir a participação das partes na construção do direito no caso concreto, o que exige ampla liberdade na produção da prova como condição para alcançar a verdade e, por meio desta, a justiça. Qualquer limitação a esta liberdade que não encontre respaldo no ordenamento jurídico implicará violação do direito à prova.

---

<sup>465</sup> Negar valor à prova produzida é também cercear o direito à prova.

Não se pode perder de vista que, ao indeferir a prova, o juiz condena as partes e a si próprio a um julgamento fundado na dúvida.

#### 4.10 Vedação da prova ilícita

Anteriormente, foi registrado que o direito à prova não é ilimitado, sendo ao seu exercício dispostos vários limites, que incidem sobre o ato probatório como ato processual, as fontes de prova e os meios de prova, por exemplo. Por força destas limitações e considerando aquilo que sobre elas incidem, as provas são consideradas legais ou ilegais.

Provas legais são aquelas provas produzidas com a observância das normas jurídicas de natureza material e/ou processual que compõem o ordenamento jurídico. Provas ilegais são aquelas produzidas com violação às normas de natureza material e/ou processual que compõem o ordenamento jurídico.

As provas ilegais (prova ilícita em sentido amplo) são subdivididas em: provas ilegítimas e provas ilícitas (prova ilícita em sentido restrito). Provas ilegítimas são aquelas obtidas com o desrespeito a normas procedimentais estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Provas ilícitas são aquelas produzidas com a violação a normas de natureza material que asseguram direitos e liberdades fundamentais.

Como aduz Cândido Rangel Dinamarco,

provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidos por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer no tocante aos meios probatórios. A prova será ilícita – ou seja, antijurídica e portanto ineficaz a demonstração feita – quando o acesso à fonte probatória tiver sido obtido por meio ilegal ou quando a utilização da fonte se fizer de modos ilegais. Ilicitude da prova, destarte, é a ilicitude na obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios.<sup>466</sup>

A Constituição da República veda, de forma expressa, a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, isto é, a prova ilícita em sentido restrito (art. 5º, LVI). A Constituição não define o que seja prova ilícita.<sup>467</sup>

<sup>466</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 48.

<sup>467</sup> O constituinte português adotou outra postura, prevendo o art. 32 da Constituição de Portugal que são ilícitas as provas “obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

A prova obtida por meios ilícitos não pode ser utilizada como fundamento da decisão, ou seja, a ela é negada idoneidade para participar da formação do convencimento do juiz sobre os fatos controversos.

Como afirma Antonio Magalhães Gomes Filho, “na terminologia do processo, a palavra *prova* serve para indicar cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina *elemento de prova* (*evidence*, em inglês). Constituem *elementos de prova*, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialização, o conteúdo do documento, etc.”. Aduz, ainda, que, “na leitura do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira, devem entender-se inadmissíveis os *elementos* de prova resultantes de atos de *obtenção* praticados com violação de direitos”<sup>468</sup>.

Da vedação de utilização da prova obtida por meio ilícitos resulta, como consequência lógica, a vedação da sua própria produção. Com efeito, não pode ser produzida prova que não poderá ser utilizada na formação do convencimento do juiz sobre os fatos da causa.

Anote-se que foi dito que a prova ilícita é aquela produzida com a violação de normas materiais que asseguram direitos e liberdades fundamentais. Adotou-se, assim, um conceito restrito de prova ilícita – prova ilícita é a obtida com violência aos direitos ou liberdades fundamentais – que é consagrado, por exemplo, no art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário da Espanha: “Não surtirá efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, com violência aos direitos ou liberdades fundamentais”.

Não se olvide, contudo, a existência de um conceito mais amplo de prova ilícita, como o adotado, por exemplo, no art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro: “São consideradas inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais e legais”. Este conceito, dada a sua amplitude, corresponde ao que se denomina aqui provas ilegais.<sup>469</sup>

A vedação da prova ilícita estabelece um limite à apuração da verdade no processo e deixa claro que o direito à prova tem como limite a necessidade de respeito ao

---

<sup>468</sup> GOMES FILHO, Notas sobre a..., in: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 307.

<sup>469</sup> Prevê o §1º do art. 155 do Código de Processo Penal: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. De acordo com o §2º do art. 155 do Código de Processo Penal: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprias da investigação criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

ordenamento jurídico e à dignidade humana (cuja promoção e defesa se faz com o reconhecimento e garantia de realização concreta de direitos e liberdades fundamentais).

Em relação à aceitabilidade da prova, podem ser inferidas da doutrina três vertentes de pensamento:

- a) teoria obstativa: é inadmissível a prova obtida por meios ilícitos, qualquer que seja a relevância dos fatos apurados e do direito controvertido.
- b) teoria permissiva: a prova obtida deve ser admitida, em nome da verdade, sujeitando-se aquele que cometeu o ilícito à punição, na forma da ordem jurídica.
- c) teoria intermediária: a prova poderá ser admitida, segundo as particularidades do caso concreto, cumprindo sejam ponderadas a gravidade da ilicitude e a natureza do direito para o qual é requerida a tutela jurisdicional.

A vedação da prova ilícita, que já foi considerada absoluta, com esteio, principalmente, na doutrina norte americana,<sup>470</sup> tem sido flexibilizada, com base na ponderação dos interesses e direitos em choque no caso concreto.

A propósito do tema, aduz Cândido Rangel Dinamarco que a opção radical pela ineficácia da prova ilícita

transgride princípios constitucionais do processo ao exigir que o juiz finja não conhecer de fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mais ainda que o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito. Mas o Supremo Tribunal Federal vai além, ao adotar integralmente a conhecida teoria dos frutos da árvore contaminada e assim tachar de ineficazes as fontes de prova obtidas por meio ilícito e também os meios probatórios realizados em *desdobramento* de informações obtidas ilicitamente. Essa extremada radicalização compromete o acesso à justiça e constitui grave ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional a quem tiver razão [...]. Melhor seria seguir a moderna tendência da Suprema Corte norte-americana, que desde o ano de 2006 aceita as *provas ilícitas*

---

<sup>470</sup> A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, proferido em 30.10.2001, do *Habeas Corpus* n. 80.949-9, de que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu que: “Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo; conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação”.

*por derivação* em casos nos quais esteja em jogo valores de elevada dignidade constitucional (princípios da proporcionalidade...).<sup>471</sup>

Contudo, a flexibilização da vedação da prova ilícita tem por limite o respeito à dignidade humana. Nenhuma prova pode ser produzida com ofensa à dignidade humana e se for produzida não poderá ser levada em conta na decisão do caso concreto.<sup>472</sup>

Cumprir registrar que o Projeto de Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional flexibiliza a vedação de admissibilidade da prova ilícita, prevendo, no parágrafo único do art. 257 que: “A inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”.

---

<sup>471</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 50.

<sup>472</sup> A flexibilização da vedação de prova ilícita tem encontrado mais ressonância nas causas não penais, sendo relevante mencionar que a doutrina do processo civil muitas vezes alude ao modelo norte-americano para sustentar o caráter absoluto da vedação de admissibilidade da prova ilícita, quase sempre sem atentar para o fato de que, como é registrado por Manuel da Costa Andrade, as normas de exclusão de provas são “normas de estrutura processual, primacialmente dirigidas a disciplinar a ação da polícia, seu destinatário normal [...]. Daí a admissibilidade dos meios de prova obtidos por particulares à custa, v. g., de fraude ou coação, apropriação indevida, intromissão em casa alheia, devasse e atentado ao *right to privacy*. Provas como fotografias, gravações, videogramas, diários, ilicitamente obtidos por particulares são, de resto, particularmente saudadas pelo seu qualificado valor probatório” (ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 153). Advirta-se que não se pretende afirmar que a prova ilícita pode ser admitida no processo civil e do trabalho sem quaisquer restrições. O que se fez foi apenas realçar que a importação da doutrina norte-americana deve se dar com a perfeita delimitação dos bens jurídicos que ela pretende fazer prevalecer.

## 5 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 5.1 Processo e Constituição. Processo e direito internacional dos direitos humanos

As Constituições realizaram, especialmente após a II Guerra Mundial, verdadeira constitucionalização do processo judicial, passando a definir as suas linhas mestras, o que não só realça a sua importância para a realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica, como também a relevância das garantias processuais estabelecidas em favor das partes.<sup>473</sup> Deste movimento não escapou o Brasil, como é demonstrado pela Constituição da República de 1988, observando-se que as regras e os princípios reservados à disciplina do processo nas Constituições compõem o denominado “direito constitucional processual”.<sup>474</sup>

Não se pode olvidar, neste sentido, que as normas constitucionais “desempenham uma função de *limite* relativamente às normas de hierarquia inferior” e “regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder-se obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supraordenado (normas constitucionais) e o infraordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material”.<sup>475</sup> Com isso, o processo judicial deve ser conformado, em sua estruturação pela ordem jurídica e utilização como instrumento da jurisdição, à Constituição da República. Dito de outra forma, o processo não pode viver à margem da Constituição,

---

<sup>473</sup> A constitucionalização do processo confere dimensão constitucional ao direito de acesso à justiça. Por outro lado, a partir da lição de J. J. Gomes Canotilho, no sentido de que o “constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*” (CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 51), pode ser afirmado que a constitucionalização do processo limita os poderes do juiz, com o objetivo de estabelecer o processo justo, sendo este um pressuposto da justiça na solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, isto é, da decisão justa. Note-se que o processo, não obstante procedimento realizado em contraditório, não é pura forma. O processo não é um valor em si mesmo, mas um valioso instrumento de realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica. O processo, destarte, deve ser avaliado em relação ao atendimento das condições que asseguram a sua justiça à qualidade do seu resultado para as partes litigantes e a sociedade. A Constituição, ao tratar do processo, o fez visando assegurar as condições necessárias para a justa solução dos conflitos de interesses surgidos nas relações sociais, a partir da ideia de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>474</sup> A propósito, afirma J. J. Gomes Canotilho que o direito constitucional processual é composto pelos “princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição e materialmente constitutivos do *status activus processualis* no ordenamento constitucional” (CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 966). As normas que compõem o direito constitucional processual visam à proteção das pessoas no contexto do processo judicial e a elas conferem dignidade processual.

<sup>475</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1149.

devendo, ao contrário, estar em harmonia com os valores nela consagrados e com os direitos fundamentais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos também disciplina o processo judicial, conferindo-lhe dimensão transnacional,<sup>476</sup> o que permite afirmar a existência do “direito internacional processual”, abrangendo as regras e princípios de natureza processual positivados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estas regras e princípios traduzem, segundo realça Enrico Tullio Liebman, “a quintessência dos ideais de justiça do mundo civil”.<sup>477</sup> Assim sendo, o processo também deve ser conformado, abstrata e concretamente, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>478</sup>

Note-se que, integrando a ordem jurídica interna à internacional (art. 5º, § 2º), a Constituição da República de 1988 submete o processo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, fazendo com que o modelo de processo judicial por ela estabelecido seja enriquecido pela abertura do ordenamento jurídico interno ao direito internacional.<sup>479</sup>

Daí a proposta de estudo do direito à prova à luz da Constituição da República de 1988 e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, levando-se em conta entre as normas que compõem este direito a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*, a *Convenção Americana sobre Direitos*

---

<sup>476</sup> Ocorrendo o mesmo em relação ao direito de acesso à justiça e tutela jurisdicional dos direitos.

<sup>477</sup> LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, p. 6. Enrico Tullio Liebman aponta como princípios que resumem a aludida quintessência: independência do juiz, juiz natural, acesso aos tribunais, contraditório, duração razoável do processo e processo equo e público (*Op. cit.*, p. 6-10).

<sup>478</sup> O Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, por “normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias para a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias” (TRINDADE, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. I, p. 49). Para Antônio Augusto Cançado Trindade, o propósito último do direito internacional dos direitos humanos é “assegurar a proteção integral do ser humano em todas as áreas da atividade humana e em todas e quaisquer circunstâncias” (*Op. cit.*, p. 44). Flávia Piovesan sustenta que o processo de universalização dos direitos humanos, que teve início com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conduziu à formação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, integrado por tratados internacionais e sistemas regionais, que, “compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 13-14).

<sup>479</sup> Neste sentido, afirma Ítalo Augusto Andolina que “a estrutura processual-constitucional enriqueceu-se de garantias mais plenas, no momento em que foi se adequando ao modelo de ‘processo justo’ postulado pelas Cartas internacionais e transnacionais” (ANDOLINA, O papel do processo na..., in: *Revista de processo*, n. 87, ano 22, julho a setembro de 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66). O processo ganha valor e sentido especial com a sua constitucionalização e ainda maior valor e sentido com a sua disciplina pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, lembrando-se, porém, que o processo não constitui um fim em si mesmo, posto que voltado à garantia de efetividade dos direitos assegurados pela ordem jurídica, em especial aqueles inerentes à dignidade humana. Processo não é mera técnica de solução de conflitos, mas instrumento de realização da ordem jurídica, a serviço da dignidade humana.

*Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.*<sup>480</sup>

Estando o conceito de direitos fundamentais, como se verá mais adiante, intimamente relacionado ao de direitos humanos, estes serão estudados em primeiro lugar.

## 5.2 Direitos humanos

Antes de definir o conceito de direitos humanos, cumpre tecer algumas considerações, ainda que breves, sobre o desenvolvimento histórico do seu reconhecimento e proteção.

Ireneu Cabral Barreto afirma que:

As origens dos direitos do homem, entendidos como um conjunto de normas que visam defender a pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, perdem-se nas brumas da história e confundem-se na luta do homem pelos direitos e liberdades inerentes à sua condição e dignidade [...].

Reivindica-se para a Europa os primeiros esforços para traduzir em textos jurídicos os direitos do homem.

A Magna Carta, de 15 de maio de 1215, celebrada entre o rei João sem Terra e os barões ingleses rebeldes, continha disposições que influenciaram documentos como *The Petition of Rights* (1628) e *The Habeas Corpus Act* (1679).

No Século XVII, o *Bill of Rights* britânico, de 13 de fevereiro de 1689, resultante da Revolução de 1688, incorporava duas preocupações principais:

- a) estabelecer que o poder do monarca procedia da vontade do povo;
- b) proclamar simultaneamente certos direitos fundamentais do indivíduo, nomeadamente a interdição dos castigos ilegais e cruéis.

O Século XVIII assistiu à afirmação, mais ou menos solene, dos direitos do homem.

Em 1776, a Declaração Americana da Independência proclamava:

*Todos os homens nascem livres e iguais; eles são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis.*

Em 1789, surgiu a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, tida como a formulação clássica dos direitos invioláveis do indivíduo.

Em 1791, o *Bill of Rights* Americano incorporava os primeiros 10 princípios da Constituição dos Estados Unidos da América.

Com estes textos, passou-se do domínio da filosofia para o do direito, ressurgindo, um pouco por todo o lado, um movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais; contudo, e mesmo com a generosidade desses princípios, continuava-se na pré-história dos direitos do homem.

<sup>480</sup> Embora não componham o nosso ordenamento jurídico, a referência à *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* e à *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* é importante para compor o quadro dos direitos humanos processuais. Gerard Cornu e Jean Foyer afirmam que o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem “se edificou um corpo de jurisprudência, que autoriza falar de uma ordem jurídica processual europeia” (CORNU; FOYER, *Procédure civile*, p. 109). A nosso juízo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece, em relação ao processo, uma *ordem jurídica processual mundial*.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a sua Declaração de Independência consagra a igualdade do homem, mas só 80 anos mais tarde a escravatura foi abolida. E, na Europa, o texto generoso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão deve ser visto no seu enquadramento histórico: os seus autores, proclamando, é certo, a igualdade formal, esqueceram-se de reconhecer às mulheres os direitos naturais inerentes à pessoa humana.<sup>481</sup>

Para Ireneu Cabral Barreto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos “constitui o ponto de partida para a defesa dos direitos do homem no sentido moderno do termo”, encerra “um conjunto de princípios que definem um ideal comum a atingir por todos os povos e por todas as nações e que devem ser considerados patrimônio comum da humanidade e inscritos na consciência jurídica comum aos povos de todos os continentes” e atribui aos direitos humanos dupla projeção:

*primeiro*, a sua universalidade permite a qualquer pessoa invocá-los contra qualquer Estado a reclamar para si as condições humanas inerentes, onde quer que esteja e independentemente da situação concreta em que se encontre colocada; *segundo*, o respeito dos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana passou a constituir obrigação de cada Estado perante os outros Estados.<sup>482</sup>

Também discorrendo sobre o processo de reconhecimento dos direitos humanos registra Ingo Wolfgang Sarlet que a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, embora assegure alguns direitos, dentre eles o direito ao devido processo legal, não estabelece verdadeiros direitos fundamentais, posto que somente alcançam “certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo”, sendo por ele acrescentado que as declarações inglesas do Século XVII, em especial a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*,

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta posituação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o

<sup>481</sup> BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 17-20.

<sup>482</sup> BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 22. Sobre o desenvolvimento histórico da proteção dos direitos do homem vale registrar que a “ideia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legalidade” (TRINDADE, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. I, p. 33-34).

Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.<sup>483</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet é Declaração do Povo de Virgínia, de 1776, é a primeira

que marca a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do Século XVII, direitos esses que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhe reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia da sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do home foram acolhidos e positivados com direitos fundamentais constitucionais, ainda que o *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente em 1791, mas exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.<sup>484</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet realça, em seguida, a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, conforme assinala, “foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do Século XIX”.<sup>485</sup>

Realizados estes registros, cumpre mencionar que as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial resultaram em verdadeira negação do valor da pessoa humana e chamaram a atenção da comunidade internacional para a necessidade de estabelecer um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>486</sup> Com efeito,

no momento em que os seres humanos se tornaram supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra

<sup>483</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50-51.

<sup>484</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 51-52.

<sup>485</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 53.

<sup>486</sup> Fernando G. Jayme aduz que “a barbárie da II Guerra chamou à consciência os governantes para a necessidade do reconhecimento de direitos humanos universais, não mais restritos à tutela privativa dos estados soberanos, mas garantidos também pela comunidade internacional” (JAYME, *Direitos humanos e sua efetivação pela...*, p. 14).

significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.<sup>487</sup>

No pós-guerra e por meio da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, é estabelecida a denominada “concepção contemporânea dos direitos humanos”, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>488</sup>

Dalmo de Abreu Dallari chama a atenção para o fato de que no Preâmbulo da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* é dito que a Assembleia Geral das Nações Unidas *proclama* os direitos, o que

torna evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade. Assim sendo, tratando-se de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, tem legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo.<sup>489</sup>

---

<sup>487</sup> PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 13. Segundo essa autora, “no esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana. Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos [...]. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana [...]. Daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, estadual e global, dando-se especial racionalidade, unidade e sentido” (*Op. cit.*, p. 10-12)

<sup>488</sup> PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 12-13. O caráter universal dos direitos humanos impede a sua equiparação aos direitos de cidadania, vez que desvincula a sua titularidade da ideia de direitos reconhecidos por um determinado Estado a determinadas pessoas. Os direitos humanos são direitos atribuídos às pessoas e não apenas aos cidadãos.

<sup>489</sup> DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 212. Dalmo de Abreu Dallari registra que a *Declaração* consagra três objetivos fundamentais “a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação *prévia e clara* dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposição; a *segurança* dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação, de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas” (*Op. cit.*, p. 213).

Assevera Dalmo de Abreu Dallari, ainda, que

a Declaração Universal dos Direitos do Homem viu-se explicitada em diversos instrumentos, sendo uns, de âmbito planetário, como os pactos das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e, outros, de alcance regional, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.<sup>490</sup>

Sobre o que se seguiu à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, anota Flávia Piovesan que, a partir dela começa,

a desenvolver-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do ‘mínimo ético irredutível’ [...].

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África [...]

Cada um dos sistemas regionais de proteção apresenta aparato jurídico próprio. O sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabeleceu originalmente a Comissão e a Corte Europeia de Direito Humanos. Com o Protocolo n. 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte, com vistas à maior judicialização do sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente. Já o sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.<sup>491</sup> Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, que, por sua vez, instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos, tendo sido posteriormente criada a Corte Africana de Direitos Humanos, mediante um protocolo à Carta, que entrou em vigor em 2004.<sup>492</sup>

<sup>490</sup> BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 23.

<sup>491</sup> Esta *Convenção*, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978.

<sup>492</sup> PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 13-14. Para Flávia Piovesan, “os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional” (*Op. cit.*, p. 14, 51, 52, 55).

A história dos direitos humanos é, portanto, a história da afirmação<sup>493</sup> e luta pela dignidade da pessoa humana.<sup>494</sup>

Depois desta breve síntese histórica, resta definir o que se entende por direitos humanos.

Fábio Konder Comparato afirma que direitos humanos são “direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem”.<sup>495</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que

a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>496</sup>

Os direitos humanos constituem um conjunto de direitos que, “em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas”.<sup>497</sup>

Trata-se de direitos que constituem “pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a sociedade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.”<sup>498</sup>

---

<sup>493</sup> Não se trata de “afirmação” no sentido de “atribuição” de dignidade ao ser humano, mas do reconhecimento de algo que é inerente a todo ser humano. Neste sentido, prevê o art. 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* consagra a raiz jusnaturalista dos direitos humanos ao afirmar a existência de direitos que são inerentes ao ser humano.

<sup>494</sup> Joaquín Herrera Flores afirma que os direitos humanos devem ser considerados como “processos – normativos, sociais, políticos, econômicos – que abram ou consolidem espaços de luta pela dignidade humana” (FLORES, *Teoria crítica dos direitos humanos*:..., p. 11). Joaquín Herrera Flores sustenta que os direitos humanos “hão de ser compreendidos cultural, filosófica e historicamente como uma - entre outras coisas – forma de reação ao mundo” (*Op. cit.*, p. 69).

<sup>495</sup> COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 20.

<sup>496</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 36. Ingo Wolfgang Sarlet registra a distinção entre “direitos do homem” – direitos naturais não positivado –, “direitos humanos” – direitos positivados pelo direito internacional – e “direitos fundamentais” – direitos reconhecidos pela Constituição do Estado (*Op. cit.*, p. 36), que é aqui adotada, e noticia o uso por parte da doutrina da expressão “direitos humanos fundamentais”, esclarecendo que os que a adotam têm por premissa a ideia de que os direitos humanos e os direitos fundamentais têm em comum o fato de serem reconhecidos a todos os homens pela sua condição humana e ressaltando que não existe correspondência necessária entre os direitos humanos e os direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados.

<sup>497</sup> LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 46.

<sup>498</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 114.

Direitos humanos, portanto, são os direitos que as normas de Direito Internacional reconhecem a todos os homens, em razão da sua condição humana, visando garantir patamares mínimos necessários a uma existência digna.<sup>499</sup>

Por constituírem exigências da dignidade, liberdade e igualdade dos homens, os direitos humanos adquirem o atributo de imprescindibilidade e, por esta razão, não constituem meros ideais, sendo reconhecidos com vocação para a concretude.<sup>500</sup> Vale lembrar que, como esclarece Flávia Piovesan, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “instituem órgãos de proteção, como meios de proteção dos direitos assegurados (exemplos: os Comitês, as Comissões e as Cortes)”, mas chama a atenção para o fato de que

no sistema global, não há ainda um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Há a Corte Internacional de Justiça (principal órgão jurisdicional da ONU, cuja jurisdição só pode ser acionada por Estados), os tribunais *ad hoc*, para a ex-Iugoslávia e Ruanda [...] e o Tribunal Penal Internacional (para julgamento dos mais graves crimes contra a ordem internacional).<sup>501</sup>

### 5.3 Direitos humanos processuais

O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui resultado da luta pela afirmação e defesa da dignidade humana e nele são utilizadas duas formas de atuação: o reconhecimento a toda pessoa da titularidade de direitos inerentes à dignidade humana (*direitos humanos materiais*) e de garantias processuais aptas a assegurar a plena fruição destes direitos (*direitos humanos processuais*). Note-se que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* define como um dos seus objetivos, no último parágrafo de seu Preâmbulo, a compreensão dos direitos inerentes à dignidade humana, o que permite afirmar que os direitos processuais nela referidos (arts. 8º e 10) são direitos humanos, autorizando concluir que existem direitos humanos processuais.

Neste contexto, afirma-se que direitos humanos processuais são os direitos que as normas de Direito Internacional reconhecem a todos os homens, em razão da sua condição

---

<sup>499</sup> Como é afirmado na *Declaração de Direitos Humanos* de Viena, de 1993, “todos os direitos do homem derivam da dignidade e do valor inerente à pessoa humana”.

<sup>500</sup> Neste sentido, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* prevê que deve reinar no plano social e no plano internacional uma ordem tal que os direitos humanos possam realizar-se plenamente (art. 28), o que indica que umas das principais exigências do respeito à dignidade humana é a realização concreta dos direitos que lhe são inerentes.

<sup>501</sup> PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 55-56.

humana, visando garantir patamares mínimos necessários a uma existência digna, a serem exercidos no âmbito do processo judicial.<sup>502</sup>

Partindo para a definição de quais sejam os direitos humanos processuais, observe-se que a toda pessoa é reconhecido, pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (art. 8º), pelo *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (arts. 2º, n. 3, a, e 14), pela *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (art. 8º) e pela *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (art. 6º), o direito de *recorrer à jurisdição* (*direito à jurisdição*), direito do qual constituem complemento indispensável o direito *de ação*<sup>503</sup> e *ao processo*.

O reconhecimento pelas normas de direito internacional de direitos processuais inerentes à condição humana decorre do fato, realçado por J. J Gomes Canotilho, de que “qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica necessariamente reconhecer um direito subjetivo do procedimento/processo indispensável para garantir a eficácia do direito material”.<sup>504</sup>

Com efeito, o reconhecimento de direitos humanos processuais decorre do fato de que para a proteção integral do ser humano não basta o reconhecimento da titularidade de direitos materiais (tutela jurídica). A proteção do ser humano, para ser integral, exige a criação de instrumentos adequados à realização prática dos direitos humanos materiais (tutela jurisdicional dos direitos). A essencialidade dos direitos materiais torna essencial a sua tutela jurisdicional e os instrumentos que adequados à sua realização quando não respeitados espontaneamente.

Ireneu Cabral Barreto adverte, com razão, que para uma efetiva proteção dos direitos do homem não basta a sua consagração substantiva, sendo “necessário estabelecer garantias fundamentais de processo, de modo a reforçar os mecanismos de salvaguarda

---

<sup>502</sup> É relevante anotar que, como assinala Rubén Hernández, “o homem não pode ser concebido fora dos grupos sociais aos quais se encontram integrado”, o que conduz ao reconhecimento de que também são titulares de direitos humanos “determinados grupos sociais, tais como a família, os sindicatos, associações, et.” (*Las libertades públicas em Costa Rica. In La tutela de los derechos humanos*, p. 28-29). Os direitos “humanos” recebem esta denominação em razão de sua destinação – promoção e defesa da dignidade humana – e não em razão de sua titularidade. Assim, também as pessoas jurídicas são titulares de direitos humanos e de direitos fundamentais processuais, na medida em que elas constituem expressão de relações estabelecidas por pessoas humanas. A propósito é expressa ao Constituição da Alemanha, dispondo o seu art. 19, III: “os direitos humanos valem também para as pessoas jurídicas nacionais, desde que, segundo a natureza daqueles, lhes sejam aplicáveis”. As pessoas jurídicas, destarte, são também titulares do direito à tutela jurisdicional, à ampla defesa e ao contraditório, por exemplo, isto é, de direitos dos quais a prova constitui manifestação fundamental. Acrescente-se que também os terceiros que eventualmente intervenham no processo têm direito à prova.

<sup>503</sup> Direito de ação é, neste aspecto, o direito de provocar a jurisdição.

<sup>504</sup> CANOTILHO, *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 78.

daqueles direitos”.<sup>505</sup> A ausência de garantias de realização coativa de um direito equivale à ausência deste mesmo direito, não havendo como deixar de concordar com Luigi Ferrajoli, quando afirma que “a ausência das correspondentes garantias equivale [...] a uma inobservância dos direitos positivamente estipulados”.<sup>506</sup> Assim, atribuir a ordem jurídica um direito sem o estabelecimento de garantia de sua satisfação, no caso de não observância espontânea é negar a existência deste direito.

Acrescente que, como é assinalado por Enrico Tullio Liebman,

a função do direito não é plenamente realizada com a formulação da lei [...] é necessário assegurar, na medida do possível, a sua estrita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social. Em outras palavras, é necessário, sempre que falte a observância espontânea, identificar, declarar e dar atuação a essas regras [...]. Por isso, há um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática efetiva do ordenamento jurídico, mediante a instituição de órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia, disciplinando as modalidades e formas de sua atividade. Esses são órgãos jurisdicionais e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição.<sup>507</sup>

Tem-se, assim, o primeiro direito humano processual, qual seja, o direito à jurisdição.

Contudo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não se limita a assegurar o direito à jurisdição, vez que também reconhece o direito a determinado modo de ser do processo, isto é, o *direito ao processo justo*.

As condições que atendem a este especial modo de ser do processo - processo justo – compreendem garantias processuais cujo respeito pode ser exigido dos órgãos jurisdicionais e, nessa condição, constituem, também elas, direitos processuais.

Em relação à existência de garantias que constituem direitos, aduz Jorge Miranda que existem garantias “que não são direitos – tão distantes ficam de uma qualquer possibilidade de invocação autônoma pelos cidadãos em juízo [...]. Todavia, mais numerosas são as garantias em que ocorre a atribuição ou a projeção subjetiva, conquanto mediata, tudo se passando como se houvesse o desdobramento de certo direito num elemento ou momento primário – o direito propriamente dito – e num elemento ou momento secundário – a garantia. As garantias são, desde logo, aqui elementos da definição constitucional desses direitos”.<sup>508</sup>

<sup>505</sup> BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 113.

<sup>506</sup> FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 26.

<sup>507</sup> LIEBMAN, *Manuale de diritto processuale civile*, p. 1.

<sup>508</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional*, v. IV, p. 89-91.

Daí a afirmação de que as garantias processuais asseguradas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos constituem verdadeiros direitos humanos processuais.

O conjunto dos direitos humanos processuais forma o que Vittorio Denti denomina “núcleo irrenunciável” do justo processo.<sup>509</sup>

Mas que direitos compõem, segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o núcleo irrenunciável do processo justo?

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* a todos reconhece o direito de receber dos tribunais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei (art. 8º). No mesmo compasso, o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* consigna o compromisso dos Estados dele signatários de garantir que toda pessoa cujos direitos e liberdades nele reconhecidos tenham sido violados possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais (art. 2º, n. 3, a).

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* estabelece que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial (art. 10).

O *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* prevê, no art. 14, 1, que todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça e que toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. De acordo com o art. 14,3, do *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*, toda pessoa tem direito às seguintes *garantias processuais mínimas*:

- a) de ser informada, sem demora, em língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da demanda contra ela formulada;
- b) a tempo e meios necessários à preparação da defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
- c) de ser julgada sem dilações indevidas;
- d) de estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da

---

<sup>509</sup> DENTI, *La giustizia civile*, p. 82.

justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

- e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que disponham as de acusação;
- f) de ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; e
- g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* prevê, no art. 8º, sob o título “garantias processuais”, que toda pessoa tem direito de ser ouvida dentro de prazo razoável por um juiz ou tribunal estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, e que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes *garantias mínimas*:

- a) de ser assistida gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) de comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada;
- c) de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; e
- d) à impugnação das decisões judiciais mediante recurso.<sup>510</sup>

A *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* reconhece, no art. 6º, o direito a um processo equitativo, estabelecendo que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o que decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou parte

<sup>510</sup> A *Convenção*, à qual o Brasil aderiu em 1992, assegura o direito a um processo justo, como direito inerente à condição humana. Neste sentido, Fernando G. Jayme afirma que “o art. 8º da Convenção garante o direito a um processo justo e o reconhece como algo inerente ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana” (JAYME, *Direitos humanos e sua efetivação pela...*, p. 135).

do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores e a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse prejudicar os interesses da justiça.

Dispõe a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, no art. 6º, que o acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; dispor de tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; defender-se a si próprio ou ter assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; fazer-se assistir por intérprete, se não compreender ou falar a língua usada no processo.<sup>511</sup>

Ainda de acordo com a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (art. 13), “qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais”. A *Convenção* criou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com a finalidade de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da Convenção e dos seus protocolos, ficando definido que o “Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se julgue vítima de violação de qualquer da Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito” (art. 34), isso depois que se esgotarem todas as vias de recurso interno (art. 35, I).

A *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* assegura a toda a pessoa o direito de recorrer aos tribunais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e

---

<sup>511</sup> Ireneu Cabral Barreto aduz que “numa sociedade democrática, no sentido da *Convenção*, o direito a um processo equitativo ocupa um lugar tão especial que uma interpretação restritiva do artigo 6º não corresponderia ao fim e ao objeto desta disposição” e, ainda, que “deve procurar-se uma interpretação mais adequada a atingir o seu fim que é o de proteger os direitos concretos e efetivos e realizar o objeto da *Convenção*” (BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 113, 118).

costumes em vigor, o direito de defesa e o direito de ser julgado em prazo razoável por um tribunal competente (art. 7º).

Neste contexto, é afirmado que constituem direitos humanos processuais:

- a) acesso à justiça;
- b) efetividade da jurisdição e do processo;<sup>512</sup>
- c) igualdade concreta de armas;
- d) processo e decisão justos;
- e) publicidade do processo;
- f) juiz natural, independente e imparcial;
- g) oportuna citação para a demanda;
- h) defesa útil, com tempo razoável para a sua preparação;
- i) duração razoável do processo e ao processo sem dilações indevidas;<sup>513</sup>
- j) participação útil no processo e com real possibilidade de influência na formação do provimento jurisdicional;
- k) assistência judiciária gratuita;
- l) inquirir testemunhas indicadas à oitiva pela parte contrária ou ouvidas por determinação judicial e obter o comparecimento de testemunhas, peritos e outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- m) assistência por intérprete e/ou tradutor, quando necessário;
- n) não ser obrigado a depor contra si ou confessar;
- o) motivação das decisões judiciais;
- p) eficácia das decisões judiciais; e
- q) impugnação das decisões judiciais mediante recurso.

---

<sup>512</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade aduz que para a Corte Interamericana de Direitos Humanos o direito à efetividade da jurisdição e do processo “constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, como do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática” (TRINDADE, *A humanização do direito internacional*, p. 115).

<sup>513</sup> O Direito Internacional dos Direitos Humanos “consagra o direito à justiça em prazo razoável, razoabilidade a aferir em função da complexidade do processo, do comportamento das partes e do modo como as autoridades competentes dirigiram o processo” (BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*, p. 50). A duração razoável deve atender à necessidade de rápida solução dos conflitos de interesses, mas sem prejuízo das garantias processuais das partes. Ao juiz cumpre lutar, incessantemente, contra o *processo invisível*, isto é, o processo ao qual o juiz não tem acesso, por repousar nos armários da secretaria, para evitar os denominados *tempos mortos* do processo.

Muitas garantias processuais asseguradas pelo Direito Internacional dos Direitos do Homem têm em vista o processo penal, o que é explicado pelo fato de que “historicamente, as relações entre o poder repressivo do Estado e os cidadãos foram as primeiras a merecer a elaboração de documentos de proteção do indivíduo contra os abusos cometidos pelo Estado”.<sup>514</sup> Isso não impede, contudo, que todas estas garantias sejam aplicadas no processo civil e do trabalho. O Direito Internacional dos Direitos Humanos traça o perfil do *processo judicial*, e não apenas do processo penal. Com isto, as garantias em matéria de processo penal se estendem aos demais ramos do direito processual, quando com eles compatíveis (*maximização uniforme dos direitos humanos*).<sup>515</sup>

Os direitos humanos estabelecem as condições necessárias para uma existência digna. Com isso, pode ser dito que o Direito Internacional dos Direitos Humanos a toda pessoa reconhece a titularidade de direitos humanos materiais, que compõem o *mínimo existencial material*, e de direitos humanos processuais, cujo conjunto compõe o *mínimo existencial processual*.

Note-se que o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* fazem expressão alusão ao estabelecimento de garantias processuais mínimas. Daí se falar em *mínimo processual*. Trata-se, por outro lado, de direitos que são estabelecidos visando garantir uma *existência digna*. Explica-se, assim, a alusão ao *mínimo existencial*.

Mas os direitos humanos processuais têm aplicabilidade na ordem jurídica pátria?

A resposta positiva se impõe, tendo em vista o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Com isto, os direitos humanos, inclusive, processuais, reconhecidos em normas de direito internacional de que a Brasil seja signatário foram integrados ao ordenamento jurídico pátrio.

De outro lado, por meio do Decreto 89, de 03.12.98, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa que o desrespeito aos direitos humanos processuais pode ser denunciado àquela corte, observando-se que o art. 44

---

<sup>514</sup> STEINER. *A convenção americana sobre direitos humanos...*, p. 23.

<sup>515</sup> Registre-se a lição de Jordi Ferrer Beltrán, no sentido de que a doutrina internacional e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconhecem que o direito de defesa, embora previsto na Convenção Europeia como referente ao processo penal, constitui garantia genérica do devido processo legal e, por isso, alcança todos os tipos de processo (BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 52, nota 37.)

da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* reconhece ao indivíduo a condição de sujeito de direito internacional.<sup>516</sup>

É importante mencionar que existem quatro vertentes de pensamento sobre a posição dos tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro<sup>517</sup> na hierarquia das fontes de direito:

- a) hierarquia supraconstitucional: supremacia do tratado sobre as normas constitucionais;<sup>518</sup>
- b) hierarquia constitucional: o tratado é incorporado ao ordenamento jurídico no patamar hierárquico de norma constitucional;
- c) hierarquia supralegal: o tratado está localizado abaixo da Constituição, mas acima das normas infraconstitucionais;<sup>519</sup>
- d) hierarquia de lei ordinária: o tratado ingressa no ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária.<sup>520</sup>

O art. 5º, §3º, da Constituição da República de 1988 aparenta resolver o impasse, dispondo que “os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Sob este prisma, somente os tratados em matéria de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três

---

<sup>516</sup> A *Convenção* instituiu, como se vê do seu art. 33, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem por principal função promover a observância e a proteção dos direitos humanos, podendo, para tanto, examinar denúncias de violação dos direitos nele assegurados, apresentadas por indivíduo, grupo de indivíduos ou entidade não governamental (art. 44), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui competência consultiva e contenciosa, sendo esta limitada aos Estados que reconhecem a sua jurisdição (art. 62), que pode ser provocada pelos Estados-membros e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 61). Constando que foi violado direito ou liberdade protegidos na Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (art. 63).

<sup>517</sup> A incorporação formal dos tratados no ordenamento jurídico pátrio se dá da seguinte forma: o tratado é celebrado pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da Constituição da República) e referendado por Decreto do Legislativo (arts. 59, VI, 49, I, da Constituição da República), ao que se segue a edição um Decreto do Presidente da República (art. 84, IV, da Constituição da República).

<sup>518</sup> Fernando G. Jayme afirma que “os tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, constituem normas jurídicas hierarquicamente superiores às de direito interno, o que se demonstra mediante o exame da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reiteradamente decide que as normas substantivas de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional” (JAYME, *Direitos humanos e sua efetivação pela...*, p. 9).

<sup>519</sup> Trata-se de uma posição intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias. Os tratados não podem afrontar a Constituição, mas gozam de lugar especial, em relação às leis ordinárias.

<sup>520</sup> Sob este prisma, os tratados de direitos humanos têm força e hierarquia de lei ordinária, sujeitando-se, com isto, à supremacia da Constituição.

quintos dos votos dos respectivos membros,<sup>521</sup> terão estatura constitucional, reservando-se aos demais *status* supralegal.

A questão não é tão simples, posto que o Brasil adota como princípio, em suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da Constituição da República), não havendo razão para que esta prevalência não se imponha no campo interno, em especial diante da adoção da dignidade humana como fundamento da República (art. 1º, III, da Constituição da República). Nesta ordem de ideias, os direitos humanos reconhecidos em tratados são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio com o mesmo *status* dos direitos fundamentais, ou seja, constitucional (art. 5º, §2º, da Constituição da República), independentemente da observância do procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º, da Constituição da República, valendo mencionar que a Constituição da República inclui a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República (art. 1º, III). O que é verdadeiramente fundamento da ordem econômica, jurídica, política e social, se impõe com a mesma força da Constituição. O problema desta solução está em que ela nega qualquer significado ao art. 5º, §3º, da Constituição da República.

À luz de tais considerações pode ser tido que o tratado em matéria de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico pátrio seguindo o procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º, da Constituição da República terá *status* constitucional. O tratado incorporado ao ordenamento jurídico pátrio sem a observância daquele procedimento especial terá *status* supralegal, no sentido de que, embora sem natureza constitucional formalmente estabelecida, gozará da mesma posição dos direitos fundamentais no que concerne à sua supremacia sobre a lei infraconstitucional. Destarte, a definição do *status* dos tratados em matéria de direito de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio dependerá de uma opção política.

#### **5.4 Direitos fundamentais**

Estabeleceu-se no item anterior a existência de direitos humanos processuais. Passa-se agora à verificação da existência de direitos fundamentais processuais.

De início, cumpre definir o que se entende por direitos fundamentais.

---

<sup>521</sup> Trata-se do *quorum* exigido para a aprovação de emenda constitucional (art. 60, § 2º, da Constituição da República), observando-se que fora desta hipótese a norma é aprovada por maioria simples (art. 47 da Constituição da República).

Para Antonio Enrique Pérez Luño,

o termo ‘direitos fundamentais’, *droits fondamentaux*, apareceu na França em 1770 no movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A expressão logo alcançou especial relevo na Alemanha, onde sob o título dos *Grundrechte* se articulou ao sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídica-política. Este é seu sentido na *Grundgesetz* de 1949. Daí que grande parte da doutrina entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais.<sup>522</sup>

Segundo Antonio Enrique Pérez Luño, esta doutrina reserva “a denominação ‘direitos fundamentais’ para designar os direitos humanos positivados no nível interno, enquanto a fórmula ‘direitos humanos’ é a mais usual no plano das declarações e convenções internacionais”.<sup>523</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o critério mais adequado para determinar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais

é o da concretização positiva, uma vez que o termo ‘direitos humanos’ se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cujo denominador comum se deve ao seu caráter básico e fundamental do sistema jurídico do Estado.<sup>524</sup>

Ainda Ingo Wolfgang Sarlet, “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.<sup>525</sup>

Robert Alexy assevera que “entre direitos do homem e direitos fundamentais existe uma relação estreita. Direitos do homem são definidos por cinco características. Eles são (1) universais, (2) fundamentais, (3) preferenciais, (4) abstratos e (5) morais. Como direitos morais, eles têm um caráter suprapositivo”,<sup>526</sup> enquanto “direitos fundamentais são direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito ou com a intenção de

<sup>522</sup> LUÑO, *Derechos humanos, estado...*, p. 33.

<sup>523</sup> LUÑO, *Derechos humanos, estado...*, p. 33.

<sup>524</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 38.

<sup>525</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 36-37. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que os direitos fundamentais assim são denominados em razão do “seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito” (*Op. cit.*, p. 38).

<sup>526</sup> ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*, p. 10.

positivar direitos do homem”.<sup>527</sup> Para Robert Alexy, os direitos fundamentais são “direitos do homem transformados em direito positivo”.<sup>528</sup>

Luigi Ferrajoli afirma que os direitos fundamentais são

todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade para agir; entendendo-se por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativas (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por ‘status’ a condição de um sujeito, prevista ela mesma por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercício destas.<sup>529</sup>

Ainda consoante Luigi Ferrajoli, direitos fundamentais são “aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade”, constituindo, assim, “condições constitutivas da igualdade e, ao mesmo tempo, do valor da pessoa”.<sup>530</sup> Acrescenta Luigi Ferrajoli que os direitos fundamentais são:

- a) universais (“porque dizem respeito igualmente a todos”);
- b) indivisíveis (“no sentido de que a sua falta ou a sua injusta privação a dano de quem quer que seja, viola os direitos da pessoa e, portanto, de todas as pessoas. Disso é prova o fato de que a sua lesão é sempre um fator de crise na vida do ordenamento”);
- c) invioláveis, inalienáveis e indisponíveis (“no sentido de que a sua violação justifica a violência: a violência individual da legítima defesa ou do estado de necessidade como causa de justificação de atos que de outro modo seriam puníveis como delitos; a violência coletiva da resistência e da desobediência”).<sup>531</sup>

<sup>527</sup> ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*, p. 10.

<sup>528</sup> ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*, p. 13.

<sup>529</sup> FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 19. Para Luigi Ferrajoli, “os direitos fundamentais, da mesma forma que os demais direitos, consistem em expectativas negativas e positivas às quais correspondem obrigações (de prestação) ou proibições (de lesão)” (*Op. cit.*, p. 26).

<sup>530</sup> FERRAJOLI, *Direito e razão:...*, p. 836-837.

<sup>531</sup> FERRAJOLI, *Direito e razão:...*, p. 838-839.

De acordo com Fernando G. Jayme, “direitos fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana, definidos na Constituição de um Estado, contextualizados histórica, política, cultural, econômica e socialmente”.<sup>532</sup>

Em suma, direitos humanos e direitos fundamentais têm em comum a sua finalidade, qual seja, “conferir dignidade à existência humana”,<sup>533</sup> mas diferem na medida em que os direitos fundamentais são os direitos que cabem a todos os homens em razão da sua condição humana positivados na Constituição de um determinado Estado.

Para Robert Alexy os direitos fundamentais, em relação à sua posição no ordenamento jurídico, apresentam como características:

- a) máximo nível: “o máximo nível no ordenamento em degraus do Direito estatal, é o resultado da simples circunstância de que os direitos fundamentais se acham regulados na Constituição [...]. Se segue que toda norma jurídica que os infrinja é inconstitucional”;
- b) máxima força jurídica: “os direitos fundamentais vinculam como Direito diretamente vigente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, não constituindo, portanto, “declarações programáticas que não gozam de tutela judicial”;
- c) máxima importância do objeto: “mediante os direitos fundamentais se decide acerca da estrutura básica da sociedade”.<sup>534</sup>

É assinalado por J. J. Gomes Canotilho que os direitos fundamentais têm como função a “defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”, implicando, no “poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.<sup>535</sup>

---

<sup>532</sup> JAYME, *Direitos humanos e sua efetivação pela...*, p. 11. Fernando G. Jayme, baseando em lição de Norberto Bobbio, sustenta a “precedência histórica dos direitos fundamentais em relação aos direitos humanos, pois as questões relacionadas à dignidade humana primeiramente foram tratadas como assunto de soberania, não sujeitas à ingerência internacional, para, em momento posterior, serem proclamados em caráter universal [...]. Na verdade, os direitos humanos representam um avanço a partir do estágio evolutivo dos direitos fundamentais, quando a comunicada política internacional passou a reconhecer aqueles como indivisíveis e universais [...]. Os direitos fundamentais evoluíram na direção dos direitos humanos” (*Op. cit.*, p. 13).

<sup>533</sup> JAYME, *Direitos humanos e sua efetivação pela...*, p. 11.

<sup>534</sup> ALEXY, *Los derechos fundamentales en...*, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 32-33.

<sup>535</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 407-408.

Os direitos fundamentais garantem direitos subjetivos, determinando o “estatuto jurídico dos cidadãos”,<sup>536</sup> e constituem fundamento da ordem econômica, jurídica, política e social, condição em que traduzem “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição”.<sup>537</sup> Como aduz Cristina Queiroz, “os direitos fundamentais não garantem apenas direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado”.<sup>538</sup>

Os direitos fundamentais gozam de proteção especial, que é traduzida pela:

- a) aplicabilidade imediata das normas que os asseguram (art. 5º, §1º, da Constituição da República);
- b) proibição de abolição por Emenda Constitucional (art. 60, §4º, IV, da Constituição da República);
- c) admissão de restrições apenas diante da necessidade de proteção de direitos da mesma natureza e desde que não afete o seu núcleo essencial;
- d) vinculação dos Poderes estatais (art. 1º, III,<sup>539</sup> e art. 5º, §1º, da Constituição da República<sup>540</sup>).

Ao vincular os órgãos jurisdicionais, os direitos fundamentais atuam “como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais”,<sup>541</sup> e deles exige:

- a) positivamente, na sua interpretação, integração e aplicação de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico;
- b) negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que os não respeitem [...], com os instrumentos e técnicas da apreciação da inconstitucionalidade material mais exigente”.<sup>542</sup>

<sup>536</sup> LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 22

<sup>537</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 168.

<sup>538</sup> QUEIROZ, *Direito constitucional: as instituições...*, p. 366.

<sup>539</sup> Ao atribuir à dignidade humana a condição de fundamento da República, a Constituição impõe a todos os poderes públicos o seu respeito e a sua defesa.

<sup>540</sup> Conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet, “o postulado das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível” (SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 388-389).

<sup>541</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 296-397.

<sup>542</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. IV, p. 283-284.

A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais significa para Jesús Gonzáles Pérez, a

[...] aplicação direta das normas que regulam o direito à tutela jurisdicional. Em consequência, ao aplicar-se diretamente, a norma constitucional tem força derogatória relativamente às normas anteriores que representem uma contradição ao princípio [...]. A norma constitucional reguladora do direito à tutela jurisdicional, como as reguladoras dos demais direitos fundamentais, consagram autênticos princípios do Ordenamento. São princípios gerais do Direito, por constituir a base mesma do Ordenamento, informam o labor interpretativo, indicam em cada momento a fórmula interpretativa que se deve eleger [...]. Como todo direito fundamental [...] goza de tutela jurisdicional reforçada.<sup>543</sup>

Os direitos fundamentais se distinguem dos demais direitos em razão:

- a) da sua titularidade: trata-se de direitos de caráter universal, no sentido de que a sua titularidade tem como pressuposto único a condição de pessoa;
- b) da sua eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico: os direitos fundamentais servem de fundamento e objetivo da ordem jurídica;
- c) do seu caráter inalienável: vinculados que estão à dignidade humana, os direitos fundamentais são inalienáveis;
- d) da sua estreita relação com a democracia: a democracia tem como elemento “a existência de condições materiais mínimas para assegurar uma existência digna”,<sup>544</sup> e os direitos fundamentais traduzem estas condições; e
- e) da sua finalidade específica: os direitos fundamentais estão destinados à promoção e defesa da dignidade humana.<sup>545</sup>

<sup>543</sup> PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdicional*, 32-38.

<sup>544</sup> JAYME, *Direitos humanos e sua efetivação pela...*, p. 39.

<sup>545</sup> Luigi Ferrajoli aduz que o fundamento axiológico dos direitos fundamentais está nos fins aos quais estão relacionados: “a *igualdade* nas expectativas assumidas axiologicamente como fundamentais, como os direitos à vida, a algumas liberdades e à autodeterminação civil e política; a *democracia*, resultante, em suas distintas dimensões, da realização da igualdade em outros tantos tipos de direitos; a *paz*, ou seja, a pacífica convivência proveniente, segundo o paradigma Kantiano, da convivência entre os direitos fundamentais de cada um e os de todos; a *tutela do débil* frente ao abuso dos mais fortes, que aqueles podem impedir ou, em todo o caso, limitar”, ou, em suma, “nos valores e necessidades vitais que foram sendo afirmados historicamente através de lutas e revoluções promovidas pelas diversas gerações de sujeitos excluídos ou oprimidos, que, em cada momento, reivindicaram sua tutela na condição de níveis mínimos de igualdade, democracia, integração e pacífica convivência” (FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 317-318 e 373). Do ponto de vista do processo, que é o que nos interessa, afirma Luigi Ferrajoli nos processos de limitação e regulação dos poderes foi derrotado o absolutismo do Poder Judiciário, “através de sua sujeição à lei e do desenvolvimento de garantias penais e processuais” (*Op. cit.*, p. 373).

## 5.5 Direitos fundamentais processuais

Estabelecido o que se entende por direitos fundamentais e definidas as suas funções no ordenamento jurídico, passa-se à verificação da existência, no ordenamento jurídico pátrio, de direitos fundamentais processuais.

A Constituição da República de 1988, no seu Título II, que trata dos “Direitos e garantias fundamentais”, a todos reconhece o direito de acesso à justiça e a determinado modo de ser do processo (processo justo), reconhecendo, com isto, a existência de direitos inerentes à pessoa a serem exercidos no âmbito do processo judicial, isto é, de direitos fundamentais processuais.

Trata-se, agora no direito positivo pátrio, do estabelecimento do “mínimo existencial processual”, isto é, do patamar mínimo de direitos processuais necessários a uma existência digna. O constituinte reconheceu, na esteira do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que a proteção integral do ser humano exige a criação de instrumentos adequados à realização prática dos direitos materiais assegurados pela ordem jurídica, quando não respeitados espontaneamente.

A atribuição a este patamar de direitos da condição de *mínimo* é autorizada pelo art. 5º, §2º, da Constituição da República, segundo o qual os direitos e garantias nela assegurados, expressa ou implicitamente, não excluem outros decorrentes dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte. Estabeleceu, então, um patamar de direitos que pode ser acrescido por outros direitos também voltados a assegurar uma existência digna. Lembre-se, ainda, do art. 60, §4º, da Constituição da República, que veda a abolição, por Emenda Constitucional, dos direitos e garantias individuais, a reforçar a ideia da existência de um patamar mínimo de direitos.

Compõem o “mínimo existencial processual”, à luz da Constituição da República de 1988, os seguintes direitos:

- a) acesso à justiça e efetividade do processo e da jurisdição (art. 5º, XXXV);
- b) juiz natural, independente e imparcial (art. 5º, XXXVII e LIII);
- c) processo e decisão justos (art. 5º, LIV);

- d) contraditório e ampla defesa, com os meios a ela inerentes (art. 5º, LV);<sup>546</sup>
- e) não admissão de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI);
- f) publicidade do processo (art. 5º, LX);
- g) assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); e
- h) razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

A Constituição da República também reconhece, com o *status* de fundamental, o direito à motivação das decisões judiciais (art. 93, IV) e, ao estabelecer diferentes graus de jurisdição, o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 92).

---

<sup>546</sup> Trata-se de direitos que traduzem o direito fundamental de participação na construção do direito no caso concreto.

## 6 A PROVA COMO DIREITO HUMANO E COMO DIREITO FUNDAMENTAL

### 6.1 Aspectos gerais

Os direitos humanos e os direitos fundamentais têm como finalidade, que lhes é comum, criar e manter as condições necessárias para uma existência digna. Neste sentido, é afirmado que eles estabelecem o que pode ser denominado *mínimo existencial*.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais de natureza processual, estando também voltados para a garantia de uma existência digna, definem o que se denomina aqui “mínimo existencial processual”, que é composto pelos direitos processuais mínimos necessários a uma existência digna.<sup>547</sup>

Repita-se que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos fazem expressa alusão a garantias processuais mínimas, autorizando, com isso, a afirmar a existência de um patamar mínimo de direitos a serem exercidos no contexto do processo judicial, isto é, o mínimo de direitos processuais. Trata-se, de outro lado, de um mínimo existencial, vez que tais direitos são dispostos para assegurar as condições necessárias a uma existência digna.<sup>548</sup>

A ideia de *mínimo*, a partir do qual não se pode retroceder, é também consagrada pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, quando prevê que, “no exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática” (art. 29, 2).

Lembrando que as partes do processo judicial são titulares do direito à prova, cumpre verificar se este direito tem *status* de direito humano e fundamental, compondo, com

---

<sup>547</sup> A ordem jurídica internacional e interna persegue o seu objetivo - criar e manter as condições necessárias a uma vida digna – por dois caminhos distintos, mas interdependentes e complementares: o reconhecimento da titularidade de alguns direitos e o estabelecimento de instrumentos adequados à sua realização concreta quando não observados espontaneamente.

<sup>548</sup> O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Constituição da República asseguram direitos sem os quais não se pode falar em acesso à justiça e em processo justo.

isto, o mínimo existencial processual (patamar mínimo de direitos processuais que é assegurado a toda e qualquer pessoa, com o intuito de lhe assegurar uma existência digna).

O que se indaga, em suma, é se o direito à prova constitui um direito humano e um direito fundamental, compondo, por consequência, o “mínimo existencial processual”.

## 6.2 A prova como direito humano

Já foi demonstrado que as partes do processo judicial são titulares do direito à prova. Isto significa que a parte tem direito à demonstração da ocorrência dos fatos alegados em juízo como fundamento de uma pretensão, a ser realizada com os meios admitidos pela ordem jurídica e com o objetivo de convencer o juiz daquela ocorrência e de a ele fornecer elementos suficientes para a confirmação ou a negativa de existência do direito objeto de controvérsia.

Mas o direito à prova é um direito humano?

A resposta positiva se impõe.

Primeiro, porque que o Direito Internacional dos Direitos Humanos assegura às partes o direito de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e obter o comparecimento de testemunhas, peritos e outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos da causa, o que traduz reconhecimento, expresso, do direito à prova. Com efeito, reconhecer o direito de fazer uso, para demonstrar a veracidade dos fatos alegados em juízo, da prova testemunhal e pericial e do depoimento de outras pessoas que possam lançar luz sobre tais fatos e de participar da produção da prova (pela inquirição de testemunhas e pessoas que estiverem sendo ouvidas) é também reconhecer o direito à prova. Neste compasso, é afirmado que o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece, expressamente, a existência do direito à prova.

Segundo, porque o direito à prova, como foi assinalado anteriormente:

- a) é uma dimensão da liberdade, e o Direito Internacional dos Direitos do Homem reconhece que todos nascem livres;<sup>549</sup>

---

<sup>549</sup> De acordo com o art. 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos”.

- b) constitui manifestação do direito de acesso à justiça, que é também reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, valendo observar que o acesso à justiça, enquanto direito humano processual, não se resume ao direito de provocar a jurisdição, comportando a prática de todos os atos necessários ao deferimento da tutela jurisdicional requerida ao Poder Judiciário;<sup>550</sup>
- c) constitui manifestação do direito à defesa, ao contraditório, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário e à efetividade da jurisdição e do processo,<sup>551</sup> sendo todos estes direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Acrescente-se que, ao reconhecer o direito à dignidade humana e, com isso, aos direitos a ela inerentes (personalidade jurídica), o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece o direito à prova, vez que não há titularidade real de direitos sem a possibilidade concreta de fazê-los valer. Ademais, negar o acesso aos direitos é negar a sua titularidade e, com isso, o próprio valor da pessoa humana. O direito à prova, portanto, é uma exigência da dignidade humana, que a todos homens é reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em suma, a prova constitui para as partes do processo judicial um direito humano, como tal reconhecido, expressa e implicitamente, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

<sup>550</sup> A propósito, aduz Luigi Paolo Comoglio que o “direito de ‘invocar a jurisdição’ de uma corte, de um tribunal ou de um juiz [...] se traduz [...] na impossibilidade de privar qualquer um do poder de cumprir não somente o ato inicial de impulso do procedimento, mas também todos os atos processuais sucessivos, que são necessários para a obtenção da tutela pretendida” (COMOGLIO, *Garantie costituzionali e...*, in: *Revista de processo*, p. 112). O direito de ação é exercido na instauração do processo e em todas as suas fases.

<sup>551</sup> A efetividade da jurisdição e do processo constitui condição para a efetividade dos direitos assegurados pela ordem jurídica, prevendo a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados” (art. 28). Com a efetividade da jurisdição e do processo o que se persegue é a efetividade dos direitos assegurados pela ordem jurídica.

### 6.3 A prova como direito fundamental

O direito à prova constitui, consoante já foi asseverado, um direito humano.

Cumpre verificar, agora, se o direito à prova é, no nosso ordenamento jurídico, um direito fundamental.

Na Constituição da República de 1988, o direito à prova é reconhecido, de forma expressa e implícita, o que se dá no Título II da Constituição, no qual são disciplinados os “Direitos e Garantias Fundamentais”, tratando-se, portanto, de um direito fundamental.

O exposto reconhecimento do direito à prova está no art. 5º, LV. A prova é um dos meios inerentes à defesa dos direitos em juízo. Com isso, reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa é fazer o mesmo em relação ao direito à prova.

De outro lado, o reconhecimento do direito à prova é uma consequência necessária do reconhecimento do direito:

- a) à dignidade humana, posto que esta somente se realiza no gozo pleno dos direitos que lhe são inerentes, para o qual contribui, no processo, a prova;
- b) de liberdade, vez que a prova constitui uma exigência e uma dimensão da liberdade das partes;
- c) de acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, ao processo justo, à não admissão da prova ilícita, à democracia processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento.

Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático, é reconhecer o direito à prova, posto que no processo verdadeiramente democrático as partes têm o direito de participar da formação do provimento jurisdicional e uma das formas de fazê-lo é fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência de tais fatos controversos.

A natureza fundamental do direito à prova é reconhecida por Eduardo Cambi, para quem o direito à prova faz parte do complexo de direitos processuais que compõem a garantia do acesso à ordem jurídica justa, que é assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da

República, e tem a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa.<sup>552</sup> José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que “o acesso efetivo à prova é direito fundamental, compreendido nas ideias de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa”.<sup>553</sup>

No mesmo sentido, Luiz Alberto Reichelt, embora sem justificar o seu ponto de vista, sustenta que “o direito à prova é um direito de *status constitucional*, apresentando *natureza processual*, sendo situado no âmbito dos direitos fundamentais”.<sup>554</sup>

A natureza fundamental do direito à prova é também reconhecida na Constituição da Espanha de 1978, consoante se vê do seu art. 24.<sup>555</sup> Joan Picó I Junoy, comentando a previsão constante da Constituição espanhola, afirma que a natureza fundamental do direito à prova o torna merecedor de proteção por meio dos recursos extraordinários, sendo por ele afirmado, neste sentido, que “a proteção do direito à prova tem lugar através dos recursos ordinários previstos nas normas processuais civil, e atualmente, dado seu caráter de direito fundamental, serve a esta proteção o recurso de amparo”.<sup>556</sup>

É bom que se diga que o direito à prova não é um direito fundamental apenas porque como tal é ele reconhecido pela Constituição da República de 1988 (fundamentalidade formal). A sua fundamentalidade também decorre da sua finalidade, que é criar as condições necessárias para uma existência digna e para a efetiva participação na tomada de decisões no seio do Estado (democracia).<sup>557</sup>

O direito à prova tem por núcleo essencial o direito à participação democrática e útil na construção da decisão que definirá os direitos e as obrigações das partes litigantes. Neste contexto, pode ser afirmado que o direito à prova se insere entre os direitos fundamentais de participação, no sentido de garantia de participação das partes na construção das decisões judiciais.

---

<sup>552</sup> CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*, p.45, 190.

<sup>553</sup> BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 22.

<sup>554</sup> REICHEL, *A prova no direito processual civil*, p. 327. Observe-se que estes autores não examinam a prova na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos e não aprofundam as suas reflexões sobre as consequências de ser a prova um direito fundamental.

<sup>555</sup> Na Constituição espanhola, o direito à prova é reconhecido na Seção primeira do Capítulo segundo do Título I, em que trata dos direitos fundamentais.

<sup>556</sup> NUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 118.

<sup>557</sup> Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a verificação da fundamentalidade material dos direitos fundamentais depende da análise do seu conteúdo, isto é, “da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 89). Neste contexto, considerando que o Estado Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição da República de 1988, exige a participação das partes na definição dos seus direitos e obrigações e é consolidado por esta participação e, ainda, que a prova é um dos instrumentos que tornam viável esta participação, ao direito à prova não há como negar fundamentalidade material.

José Carlos Vieira de Andrade faz alusão à classificação dos direitos fundamentais, segundo o seu modo de proteção, em:

- a) direitos de defesa (direitos que implicam, “da parte do Estado, um *dever de abstenção*: abstenção de agir e, por isso, dever de não-interferência ou de não-intromissão, no que toca às liberdades propriamente ditas, em que se resguarda um espaço de autodeterminação individual; abstenção de prejudicar e, então, dever de respeito, relativamente aos bens, designadamente pessoais (vida, honra, bom nome, intimidade), que são atributos da dignidade humana individual”);<sup>558</sup>
- b) direitos a prestação (o que impõem ao Estado “o *dever de agir*, quer seja para proteção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a atividade (excepcionalmente a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desses bens jurídicos fundamentais”);<sup>559</sup>
- c) direitos de participação (direitos “*mistos* de direitos de defesa e de direitos a prestações, mas que são autônomos em virtude da função de garantia de participação individual na vida política, mais concretamente na formação da vontade política da comunidade”).<sup>560</sup>

Neste contexto é que é afirmado ser o direito à prova um direito fundamental de participação, sem negar, contudo, que ele possui características próprias dos direitos de defesa, por garantir um espaço de liberdade às partes, e dos direitos a prestação, por exigir do Estado o estabelecimento das condições necessárias ao seu pleno exercício.

---

<sup>558</sup> Trata-se dos direitos fundamentais de primeira geração, que traçam uma esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado, correspondendo, com isto, às denominadas liberdades públicas. O cerne da problemática dos direitos fundamentais está centrada, nesta primeira geração, na limitação do poder estatal e na proteção do indivíduo contra o seu exercício arbitrário, estabelecendo-se, com isto, um âmbito de liberdade para os indivíduos, a ser, não só respeitado mas também protegido pelo Estado. Por eles, dá-se a subordinação do exercício do poder à exigência de defesa dos direitos dos indivíduos.

<sup>559</sup> Trata-se dos direitos fundamentais de segunda geração - direitos sociais, que compreendem os direitos económicos, sociais e culturais -, que impõem ao Estado o dever de agir no sentido de garantir a melhoria nas condições de vida dos indivíduos e promover a igualdade material, como condição para o exercício das liberdades civis e políticas.

<sup>560</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 178-179.

#### 6.4 A prova como direito humano e como direito fundamental: consequências.

Foi afirmado que as partes são titulares do direito à prova. O fato de ser a prova um direito já é de suma importância para as partes. Ser a prova um direito significa que as partes têm o direito, a ser respeitado pelo juiz e por este feito respeitar, de demonstrar a veracidade dos fatos em que se fundam suas pretensões e, com isto, de participar da definição de seus direitos e obrigações. Ademais, o reconhecimento de constituir a prova um direito atribui às partes a condição de sujeitos do processo, dotando-os de cidadania processual,<sup>561</sup> diante da possibilidade de, por meio da prova, participar da definição dos seus direitos e obrigações. O reconhecimento do direito à prova promove a cidadania das partes no processo e permite o seu respeito por meio do processo, na medida em que fornece às partes instrumento apto a fazer valer os direitos que lhes assegura a ordem jurídica.

Também foi afirmado que o direito à prova é direito humano e fundamental.

Abre-se um parêntese para esclarecer que nesta tese é examinada a prova no processo civil e no processo do trabalho. Contudo, os argumentos em que se baseou para afirmar a existência do direito humano e do direito fundamental à prova no processo civil e no processo do trabalho também justificam a afirmação de que a prova constitui um direito das partes no processo penal, ressalvados os argumentos fundados no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho. Note-se que o Código de Processo Penal assegura ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado o direito de participar da produção da prova pericial apresentando quesitos (arts. 159, §3º, e art. 176), de produzir (art. 41) e participar da produção da prova testemunhal formulando perguntas diretamente às testemunhas (art. 212) e autoriza o acusado a oferecer documentos, indicar as provas pretendidas e arrolar testemunhas (art. 189 e art. 396-A), o que traduz o reconhecimento do direito à prova. Sobre o tema, cite-se na doutrina nacional a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho, para quem “um verdadeiro modelo *cognitivo* de justiça penal pressupõe não apenas que a acusação seja confirmada por provas (*nulla accusatio sine probatione*), mas

---

<sup>561</sup> Na condição de titulares de cidadania processual, isto é, de detentores de direitos que lhes permitem participação ativa no processo, as partes participam de forma real da definição de seus direitos e obrigações. A cidadania não implica, contudo, apenas titularidade de direitos (concepção individualista da cidadania). Ser cidadão é também ter deveres para com a sociedade. Neste contexto, o processo não pode ser reduzido a um espaço de luta egoísta entre as partes, diante da sua responsabilidade, como membros de uma comunidade, pelo conteúdo da decisão final e seus reflexos na efetividade da ordem jurídica democraticamente instituída. O processo exige a cidadania das partes e constitui meio de defesa da cidadania, não podendo ser olvidado que a

também o reconhecimento de poderes à defesa do acusado no procedimento probatório, especialmente o de produzir provas contrárias às da acusação (*nulla probatio sine defensione*)” e que no processo penal as partes têm o direito “à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de *ação e defesa*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes de influir positivamente sobre o convencimento do juiz”.<sup>562</sup> Na doutrina estrangeira Paolo Tonini afirma a existência do direito à prova e assevera que o direito à prova “é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões”.<sup>563</sup> Joan Pico I Junoy afirma, inclusive, que o direito à prova “configurou inicialmente pensando-se no processo penal”.<sup>564</sup>

Feito este registro, resta definir a importância de atribuir ao direito à prova o *status* de direito humano e fundamental.

Na doutrina nacional, vale mencionar sobre o tema a lição de Eduardo Cambi, para quem

a existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima *virtualidade e eficácia*, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, dependentes de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornem impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios. Esse critério amplo está calcado na *pretensão de justiça* assegurada no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. Trata-se de conferir a dignidade dos direitos fundamentais ao direito à prova, que pode ser limitada tão-somente por outros critérios fundados na necessidade de coordenação desse direito com outros tutelados pelo ordenamento jurídico, desde que se reconheça a prioridade da proteção desses outros direitos em relação ao direito à prova. Com isto, visa-se a tornar impossível a criação de obstáculos legislativos não racionais ou desproporcionais ao seu exercício, que passa a poder ser restringido apenas na verificação de uma justa razão.<sup>565</sup>

Na doutrina estrangeira, é relevante trazer à colação os ensinamentos de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, segundo os quais o fato de ser a prova um direito humano e fundamental tem como consequência:

---

cidadania constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e um direito fundamental (no art. 1º, II, a Constituição da República atribui à cidadania a condição de valor essencial da sociedade).

<sup>562</sup> GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, p. 84.

<sup>563</sup> TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 83.

<sup>564</sup> NUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 33.

<sup>565</sup> CAMBI, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 36.

- a) o ordenamento jurídico deve permitir à parte provar a própria razão com quaisquer meios úteis a este fim;
- b) deve ter-se por vigente o *princípio geral da liberdade de prova*, em virtude do qual as partes têm direito à admissão, assunção e valoração [...] de todo meio de prova relevante para a decisão, ainda que não expressamente previsto em lei (*prova típica ou inominada*), a menos que o mesmo não seja elusivo de regra instrutória ou modalidade aquisitiva útil do ordenamento, ou não seja explicitamente vedado [...] ou não comporte lesão a direito fundamental ou a valores de relevância constitucional;<sup>566</sup>
- c) a norma jurídica que estabelece *limites probatórios absolutos* (isto é, que impendem a prova de um certo fato jurídico) deve ser considerada *sempre* inconstitucional;
- d) aquelas que estabelecem, ao contrário, *limites probatórios relativos* (isto é, que vedam a utilização de um determinado meio de prova, salvo o recurso a outro meio) podem ser legítimas, mas somente se resultam juridicamente da exigência de salvaguarda de um valor constitucional e, em particular, de um dos direitos ‘fundamentais’ da personalidade constantes dos artigos 2, 13, 14 e 15 da Constituição.<sup>567</sup>

É valiosa, ainda na doutrina alienígena, a lição de Joan Pico I Junoy no sentido que a natureza humana e fundamental do direito à prova comporta dois efeitos:

Em primeiro lugar [...], deve realizar-se, sempre e em todo caso, uma interpretação do mesmo o mais ampla possível, como o objetivo de conferir-lhe virtualidade e eficácia. Isto exige, em não poucas ocasiões, proceder novas leituras das atuais normas processuais, buscando e favorecendo aquela mais de acordo com o Texto Fundamental, assim como conceber restritivamente os limites do direito à prova. E em segundo lugar, para o futuro legislador comporta a impossibilidade de desconhecer, ao regular qualquer aspecto probatório, a configuração constitucional do mencionado direito sob pena de invalidar-se, por inconstitucional, seu labor normativo.<sup>568</sup>

Após estes registros, cumpre mencionar que no ordenamento jurídico pátrio a primeira consequência de ser a prova um direito fundamental é definida pela própria Constituição da República, quando dispõe, no seu art. 5º, §1º, que as normas que os definem

<sup>566</sup> A liberdade na produção da prova constitui garantia das partes contra o arbítrio do juiz e pressuposto para se chegar, o mais próximo possível, da verdade.

<sup>567</sup> ANDOLINA; VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*:..., p. 106-108.

<sup>568</sup> NUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 157-158.

“têm aplicação imediata”. Como registra Cristina Queiroz, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais significa que eles “se encontram dotados de ‘densidade suficiente’ para serem feitos valer na ausência da lei ou mesmo contra a lei”.<sup>569</sup> Isso significa que o direito à prova, enquanto direito fundamental, pode ser exercido sem que a lei ordinária o assegure expressa ou implicitamente e, até mesmo, contra lei que o restrinja arbitrariamente. O direito à prova independe da *interpositio legis* para seu exercício.

De outro lado, os direitos fundamentais, vistos em perspectiva objetiva, constituem fundamento da ordem econômica, jurídica, política e social, e, nesta condição, definem parâmetros para as decisões dos órgãos estatais.<sup>570</sup> Apresenta-se, destarte, uma segunda consequência de ser o direito à prova um direito humano e um direito fundamental: a existência do direito humano e do direito fundamental à prova serve de parâmetro para qualquer decisão referente ao acesso às fontes e aos meios de prova, proposição da prova, admissibilidade da prova, produção da prova e sua valoração, o que exige o reconhecimento da liberdade probatória da forma o mais ampla possível e a interpretação restritiva das regras que estabelecem limites à atuação probatória das partes.<sup>571</sup> Conforme aduz Eduardo Cambi, “como o direito à prova é um direito fundamental, deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual, não podendo ser indevidamente limitado, a ponto de seu exercício ser meramente residual”<sup>572</sup>. Cumpre esclarecer que os direitos e garantias expressa ou implicitamente reconhecidos pela Constituição não excluem os reconhecidos em tratados e convenções de direitos humanos de que o Brasil seja signatário (art. 5º, §2º, da Constituição), o que significa atribuir aos direitos humanos reconhecidos em tais tratados e convenções a condição de fundamento da ordem econômica, jurídica, política e social.<sup>573</sup>

Não se pode olvidar que, consoante assinala Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais, além de limitarem o poder estatal, funcionam como “critérios de legitimação do poder estatal”, 573 o que autoriza afirmar que o exercício da jurisdição é legitimado pelo respeito aos direitos fundamentais, dentre eles os processuais, o mesmo podendo ser dito em

---

<sup>569</sup> QUEIROZ, *Direito constitucional: as instituições...*, p. 366.

<sup>570</sup> Luigi Ferrajoli atribui conotação substancial aos direitos fundamentais, no sentido de que não são relativos “à ‘forma’ (a *quem* e ao *como*), mas à ‘substância’ ou ‘conteúdo’ (ao *que*) das decisões (ou seja, ao *que* é lícito decidir ou não decidir)” (FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 36). Consoante Luigi Ferrajoli os direitos fundamentais “operam como fontes de invalidação e de deslegitimação mais do que de legitimação” (*Op. cit.*, p. 37).

<sup>571</sup> As normas que compõem o direito probatório devem ser interpretadas sempre em sentido mais favorável à concretização do direito à prova, em todas as suas dimensões.

<sup>572</sup> CAMBI, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 38.

<sup>573</sup> Ademais, resultaria sem sentido afirmar, como princípio, a prevalência dos direitos humanos na ordem externa (art. 4º, II, da Constituição da República) e negá-la internamente.

relação aos direitos humanos processuais, por força do art. 5º, §2º, da Constituição da República.

Os órgãos jurisdicionais estão vinculados aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, o que traz à luz uma terceira consequência de ser o direito à prova um direito humano e fundamental: o juiz, não só deve respeitar o direito à prova, como também tem o dever de assegurar as condições necessárias à sua livre e plena fruição, notadamente porque se trata de direitos que definem valores e fins a serem perseguidos e que estão intimamente relacionados com a democracia e o Estado do Direito, posto que,

sem seu exercício prático não há processo democrático nacional nem transnacional. E o direito subjetivo à democracia de todo ser humano (quarta geração) baseia-se nos direitos humanos. Disso resulta também que importantes elementos do Estado de Direito (principalmente as garantias processuais) e da participação democrática (por exemplo, a liberdade de expressão, de reunião, de associação) fundamentam-se não somente em direitos humanos nacionais, mas também em direitos humanos internacionais.<sup>574</sup>

A natureza humana e fundamental do direito à prova impõe ao juiz o dever de esclarecer as partes sobre a sua existência e sua dimensão, observando-se que, como adverte Jorge Miranda,

a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua fruição, assim como as desvantagens e dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efetivar ou por eles serem violados<sup>575</sup>

Os direitos fundamentais, expressos e implícitos, dentre eles o direito à prova, não podem ser abolidos por emenda à Constituição, sendo, portanto, protegidos pela denominada “cláusula pétrea” (art. 6º, §4º, da Constituição da República). Consoante José Carlos Vieira de Andrade, cada direito possui um núcleo essencial, que “corresponde às faculdades típicas que integram o direito”,<sup>576</sup> consistindo o núcleo essencial do direito à prova a participação democrática e útil na construção da decisão que definirá os direitos e as obrigações dos litigantes.

---

<sup>574</sup> Friedrich Müller. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In *Direitos humanos e democracia*, p. 48. Friedrich Müller aduz que “o Estado de Direito, os direitos fundamentais e a democracia se condicionam reciprocamente e necessitam uns dos outros” (*Op. cit.*, p. 48).

<sup>575</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. IV, p. 229.

<sup>576</sup> ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 176.

Com isso, qualquer embora restrição ao direito à prova deve estar fundamentada nos limites prévia e expressamente consignados pela ordem jurídica democraticamente estabelecida.<sup>577</sup>

É relevante observar que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas sob a ótica dos indivíduos. A sua essencialidade exige o compromisso com a sua realização concreta. O dever de proteção dos direitos fundamentais, destarte, não alcança apenas os poderes públicos. Não se trata da invocação da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, isto é, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas do dever, de todos os membros da coletividade de atuar no sentido do respeito aos direitos fundamentais. Em suma, o fato de ser a prova um direito humano e fundamental atrai para a parte não só o direito ao seu pleno gozo, como a obrigação de respeitar os direitos da parte contrária, observando-se que “Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível” (art. 29, I, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*). Estas mesmas considerações são pertinentes com os direitos humanos, cuja defesa compete a todos e deve ser considerada também na perspectiva social.

Vale mencionar que a vítima de violação de um direito humano pode denunciar o fato à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, visando ao seu pleno gozo e à reparação dos danos eventualmente sofridos em razão de sua violação (arts. 44 e 63 da *Convenção*). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, recebendo denúncias individuais contra violações à Convenção Americana de Direitos Humanos, “constitui o canal através do qual o indivíduo, violentado em seus direitos, impulsiona o sistema interamericano de proteção”.<sup>578</sup> Isso significa que as partes do processo judicial podem denunciar a violação

---

<sup>577</sup> Como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, a proteção outorga pela Constituição aos direitos fundamentais “não alcança as dimensões de uma intangibilidade absoluta, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada. Também aos direitos fundamentais se aplica a já referida tese da preservação de seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não-invasivas do cerne do direito fundamental, podem ser toleradas” (SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 436).

<sup>578</sup> JAYME, *Direitos humanos e sua efetivação pela...*, p. 72. Para que a petição de denúncia seja admitida, é necessário que: a) tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos (a existência de recursos internos eficazes contra as violações de direitos humanos torna desnecessária a intervenção da Comissão, lembrando-se que entre os princípios a serem observados pela jurisdição interna está a existência de um processo justo); b) seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o denunciante tenha sido notificado da decisão definitiva; e c) a matéria suscitada na denúncia não esteja pendente de exame em outro processo de solução internacional (art. 46 da Convenção). Nos termos do art. 46, 2, da Convenção, as disposições das alíneas *a* e *b* do art. 46, 1, não se aplicam quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (estas restrições demonstram a preocupação com o acesso concreto à justiça, a existência do devido processo legal e a duração razoável do processo). Aceita a denúncia, a Comissão, depois de colhidas as informações do Estado denunciado, a serem prestadas em 180 dias, ou expirado o prazo para a sua apresentação: a) arquivará o expediente (se não existirem ou não subsistirem os motivos da denúncia); b) declarará inadmissível ou improcedente a petição, com

do seu direito à prova à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, visando ao seu pleno gozo e a reparação dos danos eventualmente sofridos em razão de sua violação, o que é de suma relevância, uma vez que a força dos direitos humanos “reside essencialmente no seu caráter concreto, prático, jurídico, na força efectiva que eles representam contra o abuso”.<sup>579</sup>

---

base em informações ou provas supervenientes; e c) procederá, se for necessário, a investigação dos fatos, ou por-se-á à disposição das partes para uma solução amistosa do assunto (art. 47 da Convenção). Não sendo alcançada solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, no qual exporá os fatos e suas conclusões, que será enviado ao Estado denunciado, podendo ser nele formuladas as proposições e recomendações adequadas para assegurar o gozo do direito violado (art. 50 da Convenção). Se, no prazo de três meses, contados da remessa do relatório ao Estado denunciado, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão ou pelo Estado interessado, a Comissão poderá emitir sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração, com as recomendações pertinentes, com eficácia vinculativa para o Estado, que as deverá cumprir no prazo que lhe for assinalado (art. 51 da Convenção). A Comissão, portanto, pode solucionar de forma definitiva a questão ou submetê-la à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo acionada pela Comissão ou pelo Estado denunciado, concluindo pela procedência da denúncia, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito, podendo, ainda, impor ao Estado denunciado a obrigação de pagar justa indenização à vítima, sendo a sua decisão irrecorrível (arts. 63 e 67 da Convenção).

<sup>579</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*, p. 52.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta tese versou sobre a prova no âmbito do processo civil e do processo do trabalho. Seu objetivo principal consistiu em demonstrar que a prova constitui um direito humano e fundamental das partes do processo judicial.

No caminho percorrido até aqui, foi examinada a relação entre fatos e direito, fatos e processo, e prova e direito, tendo sido comprovado que o direito objetivo se realiza concretamente nos fatos sociais que disciplina, que são estes fatos que, por força do direito objetivo, fazem surgir direitos subjetivos e que, por meio da prova, os direitos subjetivos deixam a existência abstrata para ganhar vida, o que significa que no processo é a prova que dá vida ao direito subjetivo, constituindo, neste sentido, a sua alma.

Em seguida, passou-se ao exame dos elementos da teoria geral da prova, a partir do chegou-se às seguintes constatações:

- a) prova é a demonstração da ocorrência ou veracidade dos fatos alegados como fundamento de pretensão manifestada em juízo, que é realizada com os meios admitidos pela ordem jurídica e o objetivo de convencer o juiz daquela ocorrência e de a ele fornecer elementos suficientes para confirmar ou negar a existência do direito objeto de controvérsia;
- b) o processo é e deve ser orientado para a busca da verdade material;
- c) no contexto do processo, um fato pode ser afirmado verdadeiro quando os elementos de convicção nele existentes, depois de valorados individual e conjuntamente e submetidos à crítica sucessiva e iluminada pelas máximas de experiência, forem suficientes para justificar a eleição de uma entre as hipóteses possíveis em torno da veracidade de determinado fato, não apenas para o juiz, como também para qualquer pessoa razoável;
- d) a prova tem por objeto os fatos alegados pelas partes e por destinatários o juiz, as partes e a sociedade;
- e) às partes não basta a simples alegação de fatos, cumprindo-lhes demonstrar a sua ocorrência, quando for esta contestada ou assim o exigir a ordem jurídica, possuindo, portanto, o ônus da prova;

- f) a desigualdade de forças das partes no processo do trabalho é afastada ou tem os seus efeitos reduzidos pelo estabelecimento de presunções favoráveis ao trabalhador, com base nos princípios de direito do trabalho, na obrigação legal de o empregador pré-constituir a prova de determinados fatos e em regras de experiência, com a consequente inversão do ônus da prova, e, ainda, pela valoração diferenciada da prova;
- g) ao juiz deve ser conferido poder para determinar a produção das provas necessárias ao esclarecimento dos fatos controversos, sem olvidar, contudo, do espaço de autonomia que deve ser garantido às partes, às quais cabe não só definir o objeto do processo, como também a liberdade para atuar na formação da convicção do juiz sobre a veracidade daqueles fatos, o que implica que, entre o poder instrutório do juiz e a liberdade probatória das partes deve ser estabelecida uma relação respeitosa, complementar e construtiva;
- h) para as partes, a finalidade da prova é convencer o juiz da ocorrência dos fatos alegados como fundamento de suas pretensões e tornar possível o seu acolhimento. Do ponto de vista do juiz, a prova tem como finalidade esclarecer os fatos da causa e viabilizar a prolação de decisão o mais próximo possível da realidade. A prova também possui finalidade social, posto que permite realizar concretamente os direitos assegurados pela ordem jurídica, contribuindo, com isso, para a sua efetividade e, ainda, para a concretização da inclusão e justiça social por meio do acesso concreto aos direitos assegurados pela ordem jurídica;
- i) o procedimento probatório tem como momentos fundamentais a proposição, o exame da admissibilidade, a produção e a valoração da prova;
- j) ao juiz é conferida liberdade na valoração da prova, cumprindo-lhe, para formar o seu convencimento sobre a veracidade ou falsidade dos fatos controversos, valorar os elementos de convicção fornecidos por cada meio de prova existente nos autos, confrontar tais elementos entre si e, ao final, reuni-los em um conjunto preciso e concludente, que traduzirá a sua convicção sobre a veracidade dos fatos controversos.

Concluído o estudo dos elementos da teoria geral da prova, foi examinada a possibilidade de afirmar a existência no ordenamento jurídico pátrio do direito à prova, chegando-se às seguintes convicções:

- a) a liberdade postula um espaço de luta pelo direito, que é o processo, e um dos instrumentos de luta pela confirmação do direito objeto de controvérsia é a prova dos fatos de que ele decorre. Ao limitar a liberdade das partes em matéria probatória, o ordenamento jurídico define um âmbito em que elas podem atuar sem restrições que não sejam legais, e este âmbito de atuação constitui uma garantia contra o arbítrio do juiz. Daí a afirmação de que a prova dos fatos alegados em juízo constitui exigência e expressão da liberdade das partes;
- b) um dos meios de defesa do direito deduzido em juízo é a prova do seu fato constitutivo ou de fato que impede o seu nascimento, o extingue ou modifica. Destarte, a Constituição da República, ao reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa, reconhece, expressamente, o direito à prova;
- c) à promoção e defesa da dignidade humana não basta o reconhecimento formal da titularidade de direitos, sendo indispensável para tanto assegurar o acesso a instrumentos aptos à sua adequada e efetiva tutela. A titularidade de um direito somente é real se existe concreta possibilidade de seu pleno gozo, o que pressupõe, quando contestada a sua existência, o seu reconhecimento judicial. Para que o direito seja reconhecido por decisão judicial, é necessária prova da ocorrência do fato de que decorre. Com isso, não há como conceber a titularidade de um direito sem a possibilidade de provar a sua existência, quando contestada em juízo. O direito à prova é, portanto, um desdobramento do direito à dignidade humana;
- d) a Constituição da República assegura às partes uma gama de direitos processuais, dos quais o direito à prova constitui manifestação fundamental;
- e) a exigência de que as partes indiquem ao juiz, na petição inicial e na contestação, as provas que pretendem produzir permite afirmar que elas têm direito à prova dos fatos de que fundamentam as suas pretensões.

A existência deste direito também resulta da previsão no sentido de que as partes podem utilizar de todos os meios hábeis para demonstrar a veracidade dos fatos que fundamentam suas pretensões. Ademais, a parte tem direito a que não seja obstada a condição necessária ao reconhecimento judicial de direito objeto de disputa, o que implica dizer que elas têm o direito de provar os fatos necessários àquele reconhecimento. A existência do direito à prova pode ser inferida da imposição às partes do ônus de provar os fatos que alegam em seu favor, o que resulta na constatação de que a prova constitui um ônus, sem deixar de ser um direito.

Definida a existência, no ordenamento jurídico pátrio, do direito à prova, passou-se à definição do seu conteúdo, sendo afirmado que o direito à prova é um direito pluridimensional e compreende o direito:

- a) de dispor das fontes e meios de prova necessários à demonstração da ocorrência dos fatos controversos e relevantes para a decisão do conflito de interesses em que estejam envolvidas;
- b) ao adequado exame da admissibilidade da prova proposta e ao questionamento da admissibilidade da prova proposta pela parte contrária ou cuja produção tenha sido determinada de ofício;
- c) de produzir e participar da produção da prova admitida;
- d) de criticar a prova produzida, fornecendo ao juiz elementos para a sua valoração;
- e) à contraprova; e
- f) de dispor do resultado da prova ou à adequada valoração da prova produzida.

Afirmou-se, em seguida, que o direito à prova será cerceado quando for:

- a) impedido ou dificultado o acesso à fonte de prova e/ou aos meios de prova fora das hipóteses em que a ordem jurídica estabelece restrições a este acesso;
- b) impossibilitada ou dificultada a indicação da prova que a parte pretende produzir;
- c) negado o adequado exame da admissão da prova regularmente proposta;

- d) negada ou dificultada a produção da prova admitida;
- e) negada ou dificultada a participação na produção da prova;
- f) negada a ou dificultada a crítica à prova;
- g) negado ou dificultado o exercício do direito à contraprova; e
- h) negada a adequada valoração da prova produzida.

Chegou-se, então, ao momento de verificar a possibilidade de atribuir ao direito à prova o *status* de direito humano e fundamental, sendo concluído que as partes do processo judicial são titulares de direitos humanos e de direitos fundamentais processuais e que ao definir as garantias processuais mínimas o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Constituição da República de 1988 estabelecem um patamar mínimo de direitos processuais, cujo conjunto conforma o “mínimo existencial processual”.

Restou demonstrado que:

- a) o Direito Internacional dos Direitos Humanos assegura às partes o direito de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e obter o comparecimento de testemunhas, peritos e outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos da causa, o que traduz reconhecimento, expresso, do direito à prova;
- b) o direito à prova é uma dimensão e exigência da liberdade, e o Direito Internacional dos Direitos do Homem reconhece que todos nascem livres;
- c) o direito à prova constitui manifestação do direito de acesso à justiça, à defesa, ao contraditório, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário e à efetividade da jurisdição e do processo, sendo todos estes direitos também reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Acrescentou-se, ao final, que, ao reconhecer o direito à dignidade humana e, com isso, aos direitos a ela inerentes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece o direito à prova, vez que não há titularidade real de direitos sem a possibilidade concreta de fazê-los valer, quando não respeitados espontaneamente. Foi registrado, ainda, que negar o acesso aos direitos é negar a sua titularidade e, com isto, o próprio valor da pessoa humana. O direito à prova, portanto, é uma exigência da dignidade humana, que é reconhecida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos a toda e qualquer pessoa humana.

Foi afirmado, então, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece, expressa e implicitamente, o direito à prova.

Foi examinada, em seguida, a possibilidade de atribuir ao direito à prova, no ordenamento jurídico pátrio, a condição de direito fundamental.

Chegou-se à conclusão que a Constituição da República, no Título que trata dos direitos e garantias fundamentais, reconhece expressamente a existência do direito à prova quando atribui às partes o direito aos meios inerentes ao exercício da ampla defesa e o faz de forma implícita quando assegura o direito à liberdade, de acesso à justiça, ao processo justo, à defesa, ao contraditório, à não admissão da prova ilícita, à democracia processual, à justa solução do conflito de interesses submetido ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e ao procedimento. Daí a conclusão de que o direito à prova constitui um direito humano e fundamental, que compõe o “mínimo existencial processual”, cuja titularidade tem como condição única a condição de pessoa humana.

Passou-se, por fim, à fixação das consequências desta especial natureza do direito à prova, sendo afirmado:

- a) o direito à prova é de aplicação imediata, o que significa que pode ser exercido sem que a lei ordinária o assegure expressa ou implicitamente e até mesmo contra lei que o restrinja arbitrariamente;
- b) a existência do direito humano e fundamental à prova serve de parâmetro para qualquer decisão referente ao acesso às fontes e aos meios de prova, proposição da prova, admissibilidade da prova, produção da prova e sua valoração, o que exige o reconhecimento da liberdade probatória de forma mais ampla possível e a interpretação restritiva das regras que estabelecem limites à atuação probatória das partes;
- c) os órgãos jurisdicionais têm o dever de esclarecer as partes sobre a existência e conteúdo do direito à prova, respeitar este direito e assegurar as condições necessárias à sua livre e plena fruição;
- d) o reconhecimento de ser o direito à prova um direito humano e fundamental resulta na atribuição à parte da condição de sujeito do processo e, com isso, de sujeito dotado de cidadania processual, diante da possibilidade de, por meio da prova, participar da definição dos seus direitos e obrigações;

- e) deve ser sempre prestigiada a solução que facilite o acesso aos direitos processuais mínimos necessários a uma vida digna;
- f) o direito à prova não pode ser abolido por emenda à Constituição;
- g) a violação do direito à prova permite recorrer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, visando o seu pleno gozo e a reparação dos danos eventualmente sofridos em razão desta violação.

A prova constitui direito inerente à dignidade humana, e desta um valioso instrumento promoção e defesa.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara Editores, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

ALSINA, Hugo. *Tratado teorico practico de derecho procesal cível y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar S.A. 1961, v. IV.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 22, n. 87, jul./set. 1997.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra; Coimbra Editora, 2006.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARTIAN, Étienne. *Cours de droit civil français*. 5. ed. Paris: Librairie de la Cour Cassation, 1922. v. 12.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba e verdad en el derecho*. 2. ed. Madri e Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada: Editorial Comares, 2001.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BETTI, Emilio. *Diritto procesuale civile italiano*. Roma: Società Editrice, 1936.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000.
- BOUDON, Raymond. *O justo e o verdadeiro: estudos sobre a objetividade dos valores e do conhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- CAETANO, Marcello. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. I.
- CALAMANDREI, Piero. Proceso y justicia. *In: Studi sul processo civile*. Padova: Casa Editrice Doot. Antonio Milani, 1943, v. VI, p. 3-20.
- CALAMANDREI, Piero. Il processo como giuco. *In: Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Minali, 1957, v. VI, p. 43-71.
- CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *In: Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Minali, 1957, v. VI, p. 111-139.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. v. I.
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Lima: Ara Editores, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *In: Revista de Processo*, ano 32, n. 153, p. 36, nov. 2007.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição e défice procedimental. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. O ónus da prova na jurisdição das liberdades: para uma teoria do direito constitucional à prova. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. Iniciativas probatórias do juiz. *In: La oralidade de las provas em el proceso civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. As ideologias no direito processual. *In: Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. v. II, p. 29-58.

CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. Campinas: Péritas Editora e Distribuidora, 2001, v. II.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. I.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. *In: Rivista di Diritto Processuale*, ano LVI, n. 1, jan./mar. 2001.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanta, 2000.

CASTRO, Leonardo Prieto. *Derecho procesal civil*. Zaragoza: Libreria General, 1955. t. I.

CASTRO, Torguato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. Madri: Instituto Editorial Reus, 1977, t. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. IV.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garante costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto), *In: Revista de processo*, ano 23, n. 90, p. 107-112, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e técnica del 'giusto processo'*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: Utet, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. Coimbra: Almedina, 2007. t. IV.
- CORNU, Gerard; FOYER, Jean. *Procédure civile*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Campinas: Editora Minelli, 2004.
- DENTI, Vittorio. *Estudios de derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1974.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- DIÉZ-PICAZO, Luis. *Experiências jurídicas y teoria del derecho*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III.
- DÖHRING, Erich. *La prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2007.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Aguilar, 1966.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000. t. I.
- FABREGUETTES, M. P. *A lógica judiciária e a arte de julgar*. Rio de Janeiro: Editora Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2007.
- FERRAJOLI, Luig. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2007.
- FERRAJOLI, Luig. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El debido proceso, los derechos humanos e o Poder Judicial. *In: MARKEL, Ernest (Org.). Human rights and the Judiciary*. Los derechos humanos e el Poder Judicial. Droits de l'homme et le Pouvoir Judiciaire. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *Los principios generales del derecho*. Madri: Editorial Civitas, 1990.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Bogotá: Editorial Temis, 1967, t. I.

FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton: Princeton University Press, 1973.

FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FREITAS, José Lebre de. *Estudos sobre direito civil e processo civil*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v. I.

FURNO, Carlo. *Teoria de la prueba legal*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2002.

GIL, Antônio Hernández. *La ciência jurídica tradicional y su transformación*. Madri: Civitas, 1981.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: YARSHEEEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz civil na ação declarativa – em defesa de um processo a serviço do cidadão. *Julgar*, Coimbra Editora, n. 1, p. 64-65, jan./abr. 2007.

GRECO, Leonardo. *O Conceito de prova. Estudos de direito processual civil – homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

GUASP, Jaime. *Juiz e hechos en el proceso civil*. Estudios jurídicos. Madri: Editorial Civitas S.A, 1996.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HERNÁNDES, Ruben. Las libertades públicas em Costa Rica. In: HERNÁNDES, Ruben; TREJOS, Gerard. *La tutela de los derechos humanos*. São José: Ediciones Juricentro: 1977.

IHERING, Rodolf Von. *A evolução do direito*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

JARAMILLO, Luiz Bernardo Ruiz. El derecho a la prueba como derecho fundamental. *Revista Estudios de Derecho*, v. LXIV, n. 143, p. 183-206, jun. 2003.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte internacional de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JUNOY, Joan Pico I. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1996.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LARENS, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 6. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002.

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

- LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos humanos, estado de derecho e constitución*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACHADO JR. César P. S.. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Campinas: Bookseller, 2004.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 12. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, v. II.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 12. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, v. I.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. III
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III.
- MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1979.
- MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961.
- MENDONÇA, Luiz Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, Coimbra Editora, n. 1, p. 65-77, jan./abr. 2007.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.
- MICHELI, Gian Antonio. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1970. v. II.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2 ed. Coimbra: Coimbra editoria, 1998, t. IV.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. I.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. IV.
- MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917.
- MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tema de direito processual civil*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade e técnica processual. *Revista Forense Comemorativa 100 anos*, Rio de Janeiro, Forense, t. V, p. 577-590, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MULLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLEVÉ, Clémerson Melin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NEVES, A. Castanheira. O direito como alternativa humana. In: *Digesta - escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. I.
- NEVES, A. Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In: *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. I.
- NUNOY, Joan Pico I.. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVIERA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – homenagem ao professor Kazuo Watanabe* São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ, Jesús Gonzales. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madri: Editorial Civitas, 1984.

PICARDI, Nicola, *Appunti di diritto processuale civile*. Processo ordinario di cognizione le impugnación. Milão: Giuffrè, 2003.

PICARDI, Nicola, *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Saraiva: São Paulo, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.

PISANI, Andréa Proto. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Napoli: Jovene Editore, 2003.

PISANI, Andrea Proto. Chiose sul diritto allá prova nella giurisprudenza della corte costituzionale. In: *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 176, p. 94, out, 2009.

POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problema de justicialidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1997. v. 2.

REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

REIS, Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. III.

RIPERT, Georges; BOUDANGER, Jean. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, 1956, t. I.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faria – Editor, 2002.

SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *A prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. IV.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade humana: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Campinas: Romana, 2003.

SILVA, Antônio Álvares da. *Procedimento sumaríssimo na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? In: *Revista de processo*, ano 33, n. 161, p. 211-212, jul. 2008.

SPINELLI, Michele. *Las pruebas civiles*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1999.

STEINER, Sylvia Helena F. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y critérios da prova judicial. In: TARUFFO, Michele; CARVAJAL, Diana Ramírez. *Conocimiento, prueba, pretensión e oralidade*. Lima: Ara Editores, 2009.
- TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y critérios de la prueba judicial. In: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* *Proceso, pruebas e estándar*. Lima: Ara Editores, 2009.
- TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista Derecho* (Valdívia), Valdívia, 2010. Disponível em <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci-arttex&pid=S0718-09502003000200010&nrm=iso>>. Acessado em: 27 jul. 10.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2009.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. I.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione* (problemi di diritto tedesco e italiano). Milão: Giuffré, 1974.
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de direito processual civil*. 2. ed.: Coimbra: Coimbra Editores, 1985.
- VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, sucessor, 1979.
- VERDI, La prova nel processo civile (profili di teoria generale), *Revista di Diritto Processuale*, anno LIII (secunda série), n. 1, p. 18, gennaio-marzo 1988.
- VIANA, Lourival Vilela. *A liberdade de prova em matéria penal*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A singularidade interruptiva da prescrição civil. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1979.

WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Lima: Ara Editores, 2006.

WALTER, Gerhar. *apud* CAMBI, Eduardo. *In: A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.