

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA/ES  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**LUCIANO PICOLI GAGNO**

**DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E  
TÉCNICAS DE OTIMIZAÇÃO DA ATIVIDADE  
E DO JUÍZO PROBATÓRIOS**

VITÓRIA

2010

LUCIANO PICOLI GAGNO

**DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E  
TÉCNICAS DE OTIMIZAÇÃO DA ATIVIDADE  
E DO JUÍZO PROBATÓRIOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor José Roberto dos Santos Bedaque.

VITÓRIA

2010

LUCIANO PICOLI GAGNO

**DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E  
TÉCNICAS DE OTIMIZAÇÃO DA ATIVIDADE  
E DO JUÍZO PROBATÓRIOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor José Roberto dos Santos Bedaque.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

José Roberto dos Santos Bedaque

Faculdade de Direito de Vitória

Orientador

---

Carolina Bonadiman Esteves

Faculdade de Direito de Vitória

---

José Rogério Cruz e Tucci

Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

Dedico esta pesquisa a JOSÉ MARIA RAMOS GAGNO e LUCI ROSANA PICOLI GAGNO, fontes inesgotáveis de amor, carinho e exemplo, e a ALINE VALDETARO DE AMORIM e JOSÉ LUCAS VALDETARO DE AMORIM GAGNO, inseparáveis companheiros.

## **AGRADECIMENTOS**

Como cristão agradeço a Deus pela oportunidade que me foi concedida; ao meu orientador José Roberto dos Santos Bedaque, que como pesquisador agudo e crítico me forneceu um belo exemplo de sobriedade e inquietude; aos professores Carolina Bonadiman Esteves e William Couto Gonçalves pela atenção e colaboração ofertadas não só para a realização desta pesquisa, como durante todo o meu curso de mestrado, com inúmeros e importantes diálogos e orientações nos núcleos temáticos; ao professor Samuel Meira Brasil Júnior pela atenção e paciência na oitiva das exposições que lhe faço desde que recebi sua orientação no curso de especialização; aos meus pais, por me permitirem sonhar e realizar os meus sonhos; aos meus irmãos pela ajuda na advocacia; a minha esposa e meu filho pela alegria de cada dia; aos amigos pela força de sempre.

E prosseguiu: “O sábado foi feito por causa do homem e não o homem por causa do sábado”. [...]. Novamente entrou na sinagoga. Estava lá um homem que tinha uma das mãos ressequidas. Ora, eles espiavam-n’O para ver se iria curá-lo ao sábado, a fim de O poderem acusar. Jesus disse ao homem que tinha a mão ressequida: “Levanta-te e vem para o meio”. Perguntou-lhes depois: “é permitido ao sábado fazer o bem ou fazer mal, salvar vida ou deixá-la perder?” Eles ficaram calados. Então, olhando-os com indignação e magoado com a dureza dos seus corações, disse ao homem: “Estende a mão”. Estendeu-a e a mão ficou restabelecida. Assim que saíram, os fariseus reuniram-se com os herodianos para deliberarem como haviam de condená-Lo à morte. (MARCOS, 2-3: 27-6).

Curiosamente, muitos Josés fazem parte da minha vida: o Maria foi aquele que me deu a vida, o Lucas é aquele por quem dou a vida, e o Roberto me orienta para uma nova fase da vida.

Luciano Picoli Gagno

## RESUMO

A presente pesquisa, realizada com base no método dedutivo por meio de exploração bibliográfica e jurisprudencial, teve o objetivo central de traduzir o significado atual do direito fundamental de acesso à justiça e examinar os seus reflexos sobre institutos processuais concernentes à atividade e ao juízo probatórios, ou seja, às fases processuais intimamente ligadas à qualidade do acesso à justiça prometido constitucionalmente. Destarte, realizou-se inicialmente a identificação de uma nova era do Direito, denominada de pós-positivista, que emerge como uma reação às distorções positivistas, tendo o seu auge no fim da Segunda Guerra Mundial, apesar de já vir sendo alimentada desde a concepção do Estado Social. É principalmente a partir desse momento, que os princípios jurídicos, semântica e/ou estruturalmente abertos por conterem uma alta e explícita carga axiológica, assumem um novo papel no processo de aplicação do Direito. Por esse rumo, se conclui que o atual significado do direito fundamental de acesso à justiça abrange um dever judicial de constante aprimoramento da técnica processual, mediante o poder diretivo do juiz, ainda que inexistam regras específicas autorizadoras. Na segunda parte da pesquisa procura-se identificar as conseqüências dessa afirmação sobre a idéia de técnica e instrumentalidade processual, demonstrando-se como os poderes instrutórios do juiz, a técnica de inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova, da prova emprestada e o juízo probatório são afetados por essa nova perspectiva. Ao final, após se concluir pelo uso extensivo e cogente da referidas técnicas, articula-se uma técnica para a realização dos juízos probatórios, denominada de juízo isonômico e argumentativo de verossimilhança, por meio da qual se acredita ocorrer um acréscimo de qualidade no exame dos fatos e à sua justificação, o que deságua numa legitimação formal e num aprimoramento do acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Direitos Fundamentais. Técnica processual.

## RIASSUNTO

Questa indagine, condotta sulla base di un ragionamento deduttivo attraverso l'esplorazione della letteratura e della giurisprudenza ha avuto l'obiettivo centrale di tradurre il significato effettivo del diritto fondamentale di accesso alla giustizia ed esaminare i suoi riflessi sugli istituti processuali concernenti l'attività e giudizio probatorio, vale a dire, i passaggi procedurali strettamente legata alla qualità di accesso alla giustizia promesso nella Costituzione. Così, si era inizialmente l'individuazione di una nuova era di diritto, detta post-positivista, che emerge come una reazione alla positivisti distorsioni, il cui apice alla fine della seconda guerra mondiale, anche se vedo di essere alimentato dal concepimento lo stato sociale. E 'soprattutto da quel momento, che i principi giuridici, semantica e / o strutturalmente aperti per contenere un alto ed esplicito carico assiologica assumere un nuovo ruolo per l'attuazione della legge. In questo modo, si conclude che il significato attuale del diritto fondamentale di accesso alla giustizia include un obbligo giudiziale di un costante miglioramento della tecnica procedurale, attraverso il servosterzo del giudice, anche se non vi è alcuna regola specificatamente autorizzati. Nella seconda parte della ricerca mira a individuare le conseguenze di questa affermazione circa l'idea di strumentalità e tecnica procedurale, dimostrando come i poteri istruttivo, la tecnica di inversione dinamica o la distribuzione dell'onere della prova, prova prestita e giudizio probatorio sono afettati per questa nuova prospettiva. Alla fine, dopo si concludere per l'uso ampio e cogente di questi tecnici, si articola una tecnica per realizzazione dei giudizi probatorie, chiamato di giudizio isonomically e argomentativo di verosimile, con la quale si ritiene di sperimentare un aumento della qualità dell'esame dei fatti e di sua giustificazione, che sfocia in una legittimazione formale e nel miglioramento dell'accesso alla giustizia.

**Parole chiave:** Accesso alla giustizia. Diritti Fondamentali. Tecnica processuale.



## **LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS**

CC – Código Civil

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

STF – Supremo Tribunal de Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SEUS DESDOBRAMENTOS SOBRE O PODER DIRETIVO DO JUIZ.....</b>	<b>15</b>
1.1 UMA NOVA ERA DO DIREITO: o influxo de idéias humanistas e a identificação de um momento pós-positivista.....	15
1.2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: o direito fundamental de acesso à justiça numa perspectiva sistemática.....	24
1.3 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL NUMA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA.....	28
1.4 O DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÕES POSITIVAS INERENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
1.5 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÕES POSITIVAS.....	34
1.6 AS NORMAS ABERTAS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	41
1.7 O SIGNIFICADO DO PODER DIRETIVO DO JUIZ NESSA ATUAL QUADRA DO DIREITO.....	49
1.8 SUPOSTOS ÓBICES DECORRENTES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL OU JUSTO PROCESSO REGULADO POR LEI.....	54
1.9 A EXISTÊNCIA DE UMA RAZÃO GUIA PARA O EXERCÍCIO E CONTROLE DO PODER DIRETIVO DO JUIZ.....	64
1.10 O PAPEL DA FUNDAMENTAÇÃO NA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES FUNDADAS NO PODER DIRETIVO DO JUIZ.....	65
1.11 OUTROS MECANISMOS PARA O CONTROLE E LEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	82

1.12	FUNDAMENTOS DA NOVA VISÃO DO PODER DIRETIVO DO JUIZ E O DUPLO ASPECTO DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL.....	83
1.13	O DEVER JUDICIAL DE APRIMORAMENTO DA TÉCNICA E OS PRINCÍPIOS DA ADPTABILIDADE E DA OPEROSIDADE.....	87
<b>2</b>	<b>AS TÉCNICAS PROCESSUAIS DE OTIMIZAÇÃO DA ATIVIDADE E DO JUÍZO PROBATÓRIOS NESSE NOVO PARADIGMA JURÍDICO.....</b>	<b>91</b>
2.1	A TÉCNICA PROCESSUAL E A INSTRUMENTALIDADE HUMANÍSTICA NO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA.....	91
2.2	AS TÉCNICAS DE OTIMIZAÇÃO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA ORA MANUSEADAS E SUAS JUSTIFICATIVAS.....	98
<b>2.2.1</b>	<b>Os poderes instrutórios do juiz.....</b>	<b>100</b>
2.2.1.1	O dever judicial de instrução e seus limites.....	106
<b>2.2.2</b>	<b>A inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova.....</b>	<b>120</b>
2.2.2.1	O momento para a realização da inversão ou distribuição dinâmica.....	124
2.2.2.2	Inversão ou distribuição dinâmica do ônus e poderes instrutórios.....	127
2.2.2.3	O requisito necessário para o manejo da inversão ou distribuição dinâmica.....	128
2.2.2.4	A amplitude do uso da inversão ou distribuição dinâmica sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça.....	136
<b>2.2.3</b>	<b>A prova emprestada.....</b>	<b>142</b>
2.2.3.1	O elo entre prova emprestada, contraditório, ampla defesa e instrumentalidade.....	142
2.2.3.2	Prova emprestada e juiz natural.....	148
2.2.3.3	Prova emprestada e inafastabilidade da tutela jurisdicional.....	150
2.2.3.4	Prova emprestada, segredo de justiça e direito à intimidade.....	152
2.2.3.5	Prova emprestada e identidade física do juiz.....	155
2.2.3.6	Prova emprestada, ponderação e proporcionalidade.....	157
2.3	TÉCNICAS DE APRIMORAMENTO DO JUÍZO PROBATÓRIO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O EXAME DAS PROVAS.....	158
<b>2.3.1</b>	<b>O acesso à justiça e o exame das provas por parte dos tribunais pátrios.....</b>	<b>159</b>

<b>2.3.2</b>	<b>A motivação como procedimento inerente à legitimidade da decisão judicial e à otimização do acesso à justiça.....</b>	<b>166</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Os elementos do direito probatório essenciais ao aprimoramento da motivação.....</b>	<b>173</b>
<b>2.3.3.1</b>	<b>As espécies de provas (diretas e indiretas).....</b>	<b>174</b>
<b>2.3.3.2</b>	<b>As máximas de experiência e as presunções delas decorrentes.....</b>	<b>178</b>
<b>2.3.3.3</b>	<b>Os modelos de constatação.....</b>	<b>184</b>
<b>2.3.4</b>	<b>Por um juízo probatório isonômico e argumentativo de verossimilhança.....</b>	<b>188</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>208</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>215</b>

## INTRODUÇÃO

A vertiginosa evolução dos Direitos Fundamentais, observada principalmente no século XX com o desenvolvimento de suas dimensões sociais e participativas, trouxe profundas conseqüências no seu modo de satisfação, que se espraiam tanto sobre os direitos materiais como sobre o processo.

Associada a fatores políticos internacionais, a Teoria dos Direitos Fundamentais acompanhou ou fez-se acompanhar de uma significativa mudança epistemológica na Teoria Geral do Direito, libertando-a da rigidez ou formalismo que reduzia o direito às regras, situação que permitiu maior efetividade à proteção de determinados valores universais, num momento conhecido como pós-positivista.

É justamente sobre esses dois pilares mestres, de evolução dos Direitos Fundamentais e da sua forma de satisfação, que se equilibra o primeiro capítulo do presente estudo, focado especificamente na identificação dos efeitos dessas transformações sobre o direito fundamental de acesso à justiça e na busca de uma resposta sobre o seu atual significado.

A associação feita entre os Direitos Fundamentais e a Teoria Geral do Direito nessa primeira parte do trabalho tem por consectário a fixação de algumas premissas, imprescindíveis ao desenvolvimento do tema proposto, compreendendo questões como: a justificação do acesso à justiça como um direito fundamental, a maneira proativa de realização dos Direitos Fundamentais na maior medida possível, os reflexos dessas perspectivas sobre o poder diretivo do juiz, a suposta incompatibilidade entre tais visões e alguns institutos tradicionais do direito e, os fundamentos e as diferenças existentes entre a postura defendida e alguns princípios jurídicos.

Dentro desse primeiro quadro, valoriza-se o ofício jurisdicional tangente ao poder diretivo do juiz sobre o processo, como o grande tradutor do dever estatal de proteção dos direitos, labor que se dá no bojo de um arcabouço axiológico pré-definido, sustentáculo de indispensáveis formas de controle da respectiva atividade.

Na segunda parte do trabalho, passa-se a uma aplicação prática das premissas concernentes à idéia de acesso à justiça e à sua relação com os diversos institutos e princípios jurídicos considerados.

Nesse ponto, demonstra-se como a visão sedimentada na primeira parte do trabalho irradia-se sobre a técnica processual e a instrumentalidade, denominada de humanística pelos novos contornos associados a ela, e especificamente sobre alguns mecanismos denominados de otimizadores da atividade e do juízo probatório.

Os instrumentos otimizadores da atividade probatória que são estudados sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça são: os poderes instrutórios do juiz, a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova e a prova emprestada, de modo a se enfrentar as questões mais polêmicas relativas a tais técnicas e, principalmente, entender a amplitude e a necessidade de sua aplicação no atual paradigma constitucional, concluindo-se ao final sobre a imprescindibilidade ou não do seu uso, ainda que sem previsão legal específica, para que se realize o direito fundamental de acesso à justiça na maior medida possível.

Quanto ao estudo do juízo probatório, que acompanha a mesma senda constitucional mencionada, ele se dá de uma maneira um pouco diferenciada, pois toma como ponto de partida uma análise crítica da fundamentação e do resultado de alguns julgados, para num segundo momento externar a importância da motivação judicial e, em seguida, apresentar conceitualmente alguns institutos relegados nas justificações criticadas, concluindo-se sobre a imprescindibilidade ou não do seu uso a fim de se alcançar julgamentos formalmente legítimos.

Ao final do segundo capítulo e previamente ao fechamento do trabalho, tenta-se sistematizar uma técnica processual de aperfeiçoamento do juízo probatório, à qual se denomina de juízo isonômico e argumentativo de verossimilhança, que se baseia numa interação de diversas idéias sobre o juízo probatório, bem como nos institutos do direito probatório analisados de antemão, com o escopo de propor a realização de motivações formalmente legítimas, mais qualificadas e em consonância com a cláusula fundamental de acesso à justiça.

A pesquisa realizada tem a sua fonte de justificação na verificação do comportamento de professores e operadores do direito, que ainda hoje se colocam contra a aplicação plena e imediata dos princípios, principalmente em sede processual, segmento coberto por dogmas formalistas, sob a alegação de que a aplicação judicial e direta dos princípios caracterizaria uma violação à separação dos poderes, podendo descambar para o autoritarismo judicial e para uma total situação de insegurança.

Não obstante, será demonstrado que a proteção dos direitos se faz imprescindível na atual era, ainda que estes se mostrem positivados mediante princípios jurídicos, não sendo aceitável a sua inobservância prática decorrente da omissão legislativa, mesmo porque segurança não significa apenas previsibilidade, mas também razoabilidade.

Ademais, sendo a decisão judicial a resposta oferecida pelo Judiciário ao cidadão que lhe acessa e estando ela estruturada sobre a aplicação de normas abstratas e genéricas a determinadas situações fáticas, não há como se refutar que a qualidade do respectivo acesso depende também do resultado das investigações fáticas realizadas, ou seja, a satisfação do acesso à justiça na maior medida possível dependerá da atividade e do juízo probatórios realizados.

O método de pesquisa utilizado no presente estudo foi o dedutivo, já que ele sustenta-se em teorias gerais e normas jurídicas já existentes, trabalhadas mediante exploração bibliográfica e jurisprudencial, e aplicadas ao caso específico do direito fundamental de acesso à justiça de maneira a conduzir às ilações aqui erigidas.

### 3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SEUS DESDOBRAMENTOS SOBRE O PODER DIRETIVO DO JUIZ

#### 3.1 UMA NOVA ERA DO DIREITO: o influxo de idéias humanistas e a identificação de um momento pós-positivista

Preambularmente, deve-se prevenir que a influência de idéias humanistas sobre o direito não é um privilégio da modernidade ou pós-modernidade, haja vista que desde as mais remotas civilizações já se tem notícia de tal simbiose, apesar de tempos em tempos ela se apresentar com configurações próprias.<sup>1</sup>

Principalmente na idade média, mas sem desperdício da contribuição fornecida pelas construções teóricas da antiguidade clássica<sup>2</sup>, a interação entre o humanismo e o direito ganhou um fôlego e uma roupagem mais acurada e bem arquitetada, o que fez do jusnaturalismo ou direito natural a mais importante orientação filosófico-jurídica da época, capitaneada por Santo Tomás de Aquino, com o objetivo de compreender e sistematizar um direito pré-estatal, identificado a partir de uma análise da essência das pessoas e das coisas, elaborada pela teologia sob o espectro do criacionismo e dos dogmas eclesiásticos, o que emprestava a ele um caráter divino.<sup>3</sup>

No século XVI essa maneira de se discernir o direito natural começa a ser superada por um jusnaturalismo moderno, alicerçado na racionalidade humana, evolução esta, que se apresentava como indisfarçável resultado dos novos modelos social e científico, que vinham sendo arranjados pelas novas práticas mercantilistas, pelas

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, ...** 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1-48, p. 19.

<sup>3</sup> Ibid., p. 19.



grandes navegações e pelo desenvolvimento artístico e empírico, chegando a sua plenitude no século XVII.<sup>4</sup>

Por esse rumo, grande parte da doutrina entende que o apogeu do direito natural moderno se dá com o início das codificações legais, não obstante a aparente contradição contida em tal raciocínio, sob o entendimento de que, num primeiro momento, esta postura não refletia um repúdio à existência de um direito pré-estatal, mas sim uma procura pela menor interferência estatal, com mais uniformidade e segurança na aplicação dos preceitos jurídicos, inclusive com a sujeição do soberano à lei (argumento extraível das Declarações de Direitos da Revolução Francesa de 1789, que tinha o foco voltado para o reconhecimento dos direitos inerentes ao homem, principalmente o de liberdade).<sup>5</sup>

Até no início da modernidade o poder estatal era demasiadamente concentrado nas mãos de um único homem soberano, que dotado de um poder absoluto vilipendiava os bens mais basilares da sociedade como a liberdade e a igualdade. Sem um judiciário independente, a aplicação do direito dependia do arbítrio de um julgador, que sequer precisava fundamentar suas decisões<sup>6</sup> e, assim, olvidava por completo o direito a liberdade e a igualdade dos indivíduos, salvo para uma minoria que não se sujeitava aos mesmos juízos.

É nesse cenário despótico que surge a Constituição Americana como o primeiro diploma político codificado do mundo<sup>7</sup>, e logo em seguida a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, com o escopo inicial de eliminar a arbitrariedade estatal, protegendo a liberdade e a igualdade formal dos cidadãos mediante a redução do Estado, o que configurou a 1ª dimensão dos direitos fundamentais, qual seja: a dos direitos individuais.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 19-20.

<sup>5</sup> COMPARATO, op. cit. p. 130, nota 1.

<sup>6</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 29.

<sup>7</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 38.

<sup>8</sup> Ibid., p. 58.

Como toda construção humana, a idéia de um direito escrito passou a sofrer deturpações positivistas desde o final do século XVIII e limiar do século XIX, com o apego radical ao direito posto e à doutrina da separação dos poderes, em detrimento dos anseios por justiça e legitimidade<sup>9</sup> (postura totalmente incompatível com os pilares do jusnaturalismo), o que ficou marcado pelo surgimento da escola da exegese, que se adstringia a literalidade dos textos legais, criando, com isto, uma inversão de absolutos, que passou a ter no legislativo o ponto de desequilíbrio, conforme se percebe quando examinado o instituto francês do recurso de caráter geral, que determinava o envio de uma causa ao legislativo para que ele fornecesse o correto significado da norma.<sup>10</sup>

Com o abrandamento desse fetichismo emergiu a escola sociológica, funcional ou teleológica, que tinha como norte interpretativo a finalidade da lei ou do direito, postura que incontestavelmente conferia maior latitude interpretativa ao juiz, que, contudo, ainda estava impossibilitado de reconhecer direitos não expressamente positivados ou refutar a aplicação das regras, nem se estas se mostrassem frontalmente contrárias a toda carga axiológica e ética subjacente aos direitos humanos e aos consensos sociais, o que era efetivamente mais raro, dada à uniformidade de tais valores, a homogeneidade das classes dominantes e a conseqüente correspondência entre os anseios do Estado e da sociedade, conforme bem explica Perelman, da seguinte forma:

Enquanto a prática jurídica não estava muito distante dos costumes, dos hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por dado sistema de direito, a concepção positivista de direito podia expressar de modo satisfatório a realidade do fenômeno jurídico. Mas, com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que "Lei é lei", e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela.<sup>11</sup>

Enquanto essa concepção positivista imperou no raciocínio judicial, enraizada no positivismo filosófico, o direito fora reduzido à lei, consolidando-se, então, a idéia de que somente existiria uma ciência jurídica pura se o seu objeto de análise ficasse

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional ... In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação**, ... 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.327-378, p. 334-335.

<sup>10</sup> PERELMAN, op. cit. p. 23, nota 6.

<sup>11</sup> Ibid., p. 94-95.

limitado às leis postas, criadas pelo Legislativo mediante o procedimento previamente estabelecido, o que relegou para âmbito extrínseco ao científico toda e qualquer preocupação com conteúdos axiológicos não empíricos, sobre os quais jamais seria possível se obter conclusões objetivas.<sup>12</sup>

Os primeiros vestígios de mudança aparecem ainda bem incipientes, quando a concepção de Estado começa a mudar, no início do século XX, para que este deixe de ser um inimigo do indivíduo e passe a ser um realizador de políticas sociais tendentes à promoção de um mínimo de bem estar social, já que a exploração humana gerada pela Revolução Industrial mostrava-se insustentável.

Tal mudança se caracterizava pela volta da intervenção estatal, que, desta vez, se dava imbuída de uma forte conotação social e minuciosamente regulada por leis, ou seja, com o ingresso de direitos sociais no ordenamento jurídico, o que, no entanto, não modificava a forma de aplicação do direito, baseada numa extremada compreensão da doutrina da separação dos poderes.

A burguesia, nova classe dominante após a Revolução Francesa, impõe um novo modelo econômico alicerçado na mais ampla liberdade de produção e comercialização, que associado ao avanço tecnológico e científico da época, deságua na Revolução Industrial.

Com isso, as concentrações urbanas começam a adquirir níveis nunca vistos e os padrões de produção e consumo são massificados, proporcionando o surgimento de grandes grupos econômicos privados e classes oprimidas<sup>13</sup>, que gradualmente põem-se a reivindicar melhorias traduzidas em direitos sociais.

Essas novas circunstâncias aos poucos geram a inflação do Estado, que perfilhado ao arquétipo de “Estado de Bem Estar” instrumentaliza seu novel papel com a criação de leis e o agigantamento dos poderes legislativo e executivo; são leis

---

<sup>12</sup> BARROSO, op. cit. p. 335, nota 9.

<sup>13</sup> ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. 8. ed., São Paulo: Global, 1990, p. 80.

trabalhistas, previdenciárias, sobre saúde, transporte, agricultura, contra os monopólios e demais fenômenos sociais deletérios ao bem comum pretendido.<sup>14</sup>

Frente esse novo modelo estatal emergem então os Direitos Fundamentais de 2ª geração, de cunho social<sup>15</sup>, mas que não abrangem uma mudança no processo de aplicação do Direito, ou seja, apesar de um aperfeiçoamento dos seus fins, o direito continua sendo um conjunto de leis criadas pelo Legislativo, que devem ser obedecidas para que os desejos e as paixões individuais dos julgadores não imperem, e ao Judiciário não cabe ditar políticas aos demais poderes, sob pena de violação à sacralizada separação dos poderes, ao menos para a matriz jurídica do Civil Law, incontestavelmente mais arraigada a uma cultura formalista, diferentemente da americana.<sup>16</sup>

Essa bandeira da neutralidade judicial, que na verdade apenas camufla uma ideologia conservadora, de resignação, que ignora as carências dos oprimidos e prestigia a cômoda posição dos opressores (normalmente mais influentes sobre o legislativo), sendo completamente parcial em virtude disto<sup>17</sup>, foi mais vulgarmente representada pelos ensinamentos de Hans Kelsen, que admitia o criacionismo judicial quando da interpretação do direito, mas restrito ao âmbito das normas jurídicas positivadas, que jamais poderiam ser questionadas como injustas ou ilegítimas, podendo, no máximo, ser consideradas inválidas.<sup>18</sup>

Infelizmente, essa ideologia de estagnação, que tem como pano de fundo uma falaciosa neutralidade ideológica, fez do próprio Kelsen uma de suas vítimas mais emblemáticas, pois ele, na condição de judeu, teve de abandonar a Europa na época do nazismo<sup>19</sup>, regime legalmente alçado ao poder e que legislava dentro dos

---

<sup>14</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 35 e 39.

<sup>15</sup> GALINDO, op. cit. p. 62, nota 7.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 41-42, nota 14

<sup>17</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos; GAGNO, Luciano Picoli. A técnica processual e a instrumentalidade na perspectiva do direito humano de acesso à justiça. **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2009, p. 216-234, p. 222.

<sup>18</sup> BARROSO, op. cit. p. 335, nota 9.

<sup>19</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 254.

rigores formais preconizados pelos positivistas, apesar de alicerçar-se em valores totalmente avessos ao humanismo<sup>20</sup>, mas condizentes com a constituição positiva.

Dessa forma, se mostra imperioso registrar que todo o sofrimento criado pelos regimes fascista e nazista marca o declínio positivista, principalmente na Europa Continental, pois ao fim da Segunda Guerra houve um quase consenso sobre a impossibilidade de se estudar e aplicar o direito norteado pela famosa neutralidade, que impedia uma análise crítica da ordem posta, ou seja, do ordenamento existente de fato.<sup>21</sup>

Nesse sentido, Barroso ensina que:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.<sup>22</sup>

Com isto, é possível notar-se que a derrocada do positivismo se deu num processo de amadurecimento, que teve como gatilho mais significativo os resultados da Segunda Guerra Mundial. Num processo dialético, sem que houvesse um decreto impondo o fim do positivismo, o cenário jurídico se deu conta de que apenas as suas idéias não eram suficientes para a construção do melhor Direito, ou da melhor concepção do que seria o Direito.<sup>23</sup>

O curioso é relacionar os eventos que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial não só com a mudança na idéia de Direito, mas também na idéia de Estado, pois assim como a distorção do positivismo conduziu a uma legalidade de qualquer ordem, por mais perversa que fosse ela, a distorção do papel estatal conduziu a um autoritarismo e paternalismo antidemocráticos em grande parte do mundo,

---

<sup>20</sup> BARROSO, op. cit. p. 335, nota 9.

<sup>21</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 222, nota 17.

<sup>22</sup> BARROSO, op. cit. p. 26, nota 2.

<sup>23</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 223, nota 17

principalmente nos países pobres e nos que vivenciavam momentos políticos e econômicos instáveis como a Itália e a Alemanha.

Após tais fatos, a humanidade percebe que para ter segurança, liberdade e igualdade, não pode esvaziar o direito e a justiça de sentido, nem pode pretender que o Estado realize ou busque realizar o bem estar social de qualquer modo e a qualquer custo, nem somente através de uma inflação legislativa, divorciada de procedimentos democráticos e de um maior ativismo judicial.

Uma das mais significativas marcas dessa novel percepção é sem dúvida a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que teve seus preceitos ratificados posteriormente em inúmeras convenções de âmbito mundial e continental para a satisfação dos resquícios positivistas, já que tais convenções, ao contrário da referida Declaração, possuem expressa eficácia normativa e, por isto, submetem os Estados signatários aos seus preceitos.<sup>24</sup>

Essa nova situação traduz o pensamento de uma nova era, da era pós-positivista, que não infirma a maior segurança decorrente da aplicação de normas escritas, mas também reconhece um conteúdo axiológico humanístico inerente ao Direito, do qual este não pode se desgarrar, tendo no Judiciário o seu baluarte, sob pena de ser distorcido e se distanciar do anseio social por justiça, sendo reduzido a um mero instrumento “legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”.<sup>25</sup>

Outrossim, além dos símbolos acima mencionados, decorrentes dos horrores da Segunda Guerra e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se pode olvidar o contributo singular oferecido pela Teoria Crítica do Direito a partir dos anos 70, empreendedora desse novo semblante humanista do direito, que, capitaneado por escolas como a francesa, a alemã e a americana<sup>26</sup>, de pensadores incansáveis e irresignados com as incongruências do dogmatismo estabelecido, propõe a substituição da razão instrumental por uma razão crítica.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> COMAPARATO, op. cit. p. 55-57, nota 1.

<sup>25</sup> BARROSO, op. cit. p. 26, nota 2.

<sup>26</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>27</sup> Ibid., p. 16.

Diante desse novo quadro jurídico, político e cultural, influenciado também por outros fatores econômicos que vinham se desdobrando, se identifica o aparecimento de um novo modelo Estatal, qual seja: o Estado Democrático de Direito, que prestigia a participação popular além dos direitos sociais e, por via de consequência, traz à superfície os Direitos Fundamentais de 3ª dimensão, quais sejam: os direitos difusos, que pertencem a todos sem que se possa individualizá-los.<sup>28</sup>

Nessa nova conjuntura, o direito dilui a sua anterior identidade de regras criadas pelo Legislativo, se abrindo de maneira franca aos valores éticos eleitos como universais e inerentes a todo ser humano indistintamente, sem, contudo, regressar a insegurança do direito não escrito e olvidar todos os avanços sociais e científicos presenciados até então.<sup>29</sup>

Em tal contexto, de parcial ruptura com o positivismo e de reaproximação com a ética, os princípios exercem o singular papel de veiculação dos valores humanísticos eleitos como a nova razão guia, propiciadora das diretrizes fundamentais para a resolução dos problemas judiciais, mote pelo qual as constituições e demais diplomas legais passam a sofrer em maior escala um influxo principiológico<sup>30</sup>, sendo certo ainda, que até a existência de princípios não escritos passa a ser mais bem digerida, inclusive pela constituição pátria.<sup>31</sup>

Com isto, não se quer dizer que os princípios são uma inovação no Direito atual, mas relevar-se o poder de coerção emprestado a eles modernamente<sup>32</sup>, característica esta, que parece não ter sido percebida, ou que vem sendo propositadamente ignorada por grande fatia dos operadores do direito, tendentes na maior parte das vezes a se esquivarem da difícil missão de concretização das normas principiológicas (decorrente de sua vagueza e generalidade), o que acarreta na minimização da sua importância e na atribuição de um papel meramente

---

<sup>28</sup> GALINDO, op. cit. p. 67, nota 7.

<sup>29</sup> BARROSO, op. cit. p. 28, nota 2.

<sup>30</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 223, nota 17.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

<sup>32</sup> BARROSO, op. cit. p. 29, nota 2.

subsidiário a eles, de simples orientação interpretativa<sup>33</sup>, negando-lhes eficácia plena e imediata, em total descompasso com a constituição pátria.<sup>34</sup>

Apesar de tal postura anacrônica persistir, apoiando-se em todos os acontecimentos acima enfocados pode-se afirmar, de maneira respaldada, que o Direito agora se situa em uma nova era, sensível, como não poderia deixar de ser, em virtude da relevância dos fatos ocorridos, às frustrações decorrentes da distorção positivista consumada no século XX, mas ambicionando a preservação do sistema normativo escrito em concomitância com os valores humanos e sociais insculpidos internacional e constitucionalmente, mediante princípios, ainda que implícitos.<sup>35</sup>

Nessa nova quadra, o Judiciário passa a ter um papel singular de concretização dos direitos e equalização das Funções Políticas do Estado, evitando assim não apenas o abuso por parte do legislativo e do executivo, como também a omissão destes na satisfação dos Direitos Humanos e Sociais, previstos normalmente em normas abertas, que por muito tempo foram vistas como dependentes exclusivamente de ações administrativas, como bem ensina Cappelletti ao afirmar que:

É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou “self-executing”, de tais leis ou direitos programáticos. Sobre isso aprendemos alguma coisa na Itália, especialmente entre 1948 e 1956, ou seja, nos anos entre a entrada em vigor da Constituição e a criação da Corte Constitucional. Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”.<sup>36</sup>

Os reflexos da evolução objeto de análise no presente tópico deverão irradiar-se também, sobre a seara processual, uma vez que, como ramo do Direito, o processo não está imune às desilusões verificadas nas últimas décadas, razão pela qual projeta-se para os tópicos seguintes, uma tentativa de se identificar os efeitos do

<sup>33</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 223-224, nota 17.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31.

<sup>35</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 224, nota 17.

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 41-42, nota 14.



pós-positivismo sobre o acesso à justiça e o poder diretivo do juiz, visando a sua libertação das amarras da legalidade estrita, assim como o processo foi libertado das nulidades processuais irrelevantes – ao menos no âmbito doutrinário.<sup>37</sup>

### 3.2 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: o direito fundamental de acesso à justiça numa perspectiva sistemática

O maior sinal da irradiação sobre o Brasil das mudanças políticas e jurídicas acima descritas é, sem dúvida, a Constituição de 1988, por sua singularidade na lida com os Direitos Humanos, simbolizada mais expressivamente pela positivação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>38</sup>

Traduzindo todos os acontecimentos globais mencionados, a Constituição pátria contém um arcabouço axiológico vasto, dominado por regras e princípios, que dispõem com acuidade tanto sobre a organização estatal, como sobre os Direitos Fundamentais.

Apesar da dignidade da pessoa ser um termo polissêmico, que até dispensaria algumas outras cláusulas garantidoras dos direitos fundamentais, o constituinte se deu ao trabalho de enumerar expressamente valores humanos, que eliminam maiores controvérsias sobre a sua essencialidade.

Dentro desse rol de direitos fundamentais insculpidos pelo constituinte de maneira expressa, destaca-se para o presente trabalho o Direito Fundamental de Acesso à Justiça, que não é mais discernido numa acepção exclusivamente formal, denotando atualmente uma garantia de justiça e efetividade, como se extrai dos dizeres de Bedaque:

Essa garantia representa, portanto, o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a

---

<sup>37</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 224, nota 17.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit. p. 9, nota 31.

injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.<sup>39</sup>

Como se pode ver, o acesso à justiça moderno é compreendido numa dimensão bilateral, preocupada com o demandante e o demandado, bem como com a proteção efetiva dos direitos materiais e não apenas com a existência de qualquer acesso.

Nesse cenário, a doutrina tradicional se acostumou com o fato de se remeter sempre ao princípio da Inafastabilidade do Poder Jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV da CRFB, como fonte dessa cláusula maior do Acesso à Justiça.<sup>40</sup>

Não obstante à correção de tal raciocínio, não se pode ficar preso às limitações por ele geradas, mesmo porque, tal engessamento não permite uma profunda compreensão do Direito Fundamental de Acesso à Justiça em toda a sua extensão e não condiz com a complexidade do sistema jurídico pátrio.

Dentro dessa proposta, parece razoável sustentar-se inicialmente, que o Direito Fundamental de Acesso à Justiça já decorreria naturalmente da singela previsão da dignidade humana como um dos pilares da República Federativa Brasileira, como afirmado, pois o Acesso à Justiça constitui o amplamente disseminado conteúdo mínimo da dignidade humana.<sup>41</sup>

A partir do momento em que se passa a pensar no homem como um ser dotado de dignidade, deve-se perguntar, logicamente, o que seria essa dignidade e qual seria a sua fonte, respostas estas que permitirão entender um pouco desse núcleo mínimo da dignidade.

A dignidade pode ser vista como um bem pertencente a todo ser, que, tendo consciência de si, do outro e do mundo em que vive, consegue, mediante o uso da

---

<sup>39</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processual Civil:** Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 462.

<sup>41</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 182.

razão, elaborar juízos de valor, tomar decisões, e estabelecer preceitos tendentes a direção de sua vida e de sua comunidade, ou seja, ser autônomo<sup>42</sup> e histórico.<sup>43</sup>

Essa autonomia e historicidade, conforme se vê, estão inextricavelmente ligadas ao valor liberdade e ao acesso à justiça, uma vez que, não sendo livre ou não tendo a quem recorrer para reivindicar a sua libertação, o homem jamais será autônomo e, assim, terá desrespeitado o maior patrimônio que a natureza lhe deu, fonte dessa autonomia e expressão de sua dignidade, qual seja: a sua racionalidade.

Percebe-se então, que o acesso à justiça mostra-se indispensável para a preservação da dignidade humana, sendo, por esta causa, um direito inerente à sua natureza e decorrente da cláusula que prescreve essa dignidade como sustentáculo da República Brasileira, o que se verá com maior profundidade no tópico seguinte.

Da mesma maneira essencial se relaciona o acesso à justiça com o modelo de Estado Democrático de Direito, mencionado no artigo 1º da Constituição como sendo o adotado pela República brasileira<sup>44</sup>, pois qualquer Estado de Direito tem que ter como pressuposto elementar o respeito aos respectivos direitos, ainda que coercitivamente, por meio do aparelho jurisdicional.

Não bastassem tais cláusulas, apresenta-se ainda inoxidável o papel do Direito de Petição, insculpido no art. 5º, XXXIV, a da CRFB<sup>45</sup>, que por razões sistêmicas, ou seja, se compreendido em conjunto com as demais cláusulas constitucionais, não poderá significar o direito a um mero ingresso com petições junto a um poder público, mas sim um direito a proteção efetiva dos direitos.

Mostra-se relevante também, dar destaque aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, enfatizando-se entre eles o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> COMPARATO, op. cit. p. 21, nota 1.

<sup>43</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 18.

<sup>44</sup> BRASIL, op. cit. p. 9, nota 31.

<sup>45</sup> Ibid., p. 12.

<sup>46</sup> Ibid., p. 9.

Apesar da doutrina mais conservadora considerar meramente programática tal norma, negando-lhe assim uma eficácia coativa, parece mais aceitável no atual contexto jurídico vivenciado, considerar-se a referida norma como um princípio, que além de colocar objetivos válidos para os legisladores e administradores, impõe também limites, não só para tais poderes, mas também para o Judiciário, que vinculado a tal norma deverá materializá-la diante dos casos concretos, seja determinando providências em casos omitidos pela lei, seja realizando interpretações consentâneas com seus mandamentos.

Por fim, não se pode deixar de registrar a presença de outras normas, como: o devido processo legal<sup>47</sup> ou constitucional<sup>48</sup> – inteligido na substância ética que lhe pertine<sup>49</sup>, a razoável duração do processo, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a publicidade e a fundamentação dos julgados, normas estas que externam e densificam (dão substância)<sup>50</sup> os valores que permeiam a cláusula maior de acesso à justiça subjacente à tais comandos.

Constatada a presença de tais normas em nosso ordenamento, mostra-se possível se concluir juridicamente, pela existência de um organismo normativo tradutor de um anseio constitucional por Justiça, que moverá esta pesquisa em busca das respostas às questões erigidas, restando já fixada, contudo, uma compreensão do acesso à justiça como um direito humano fundado na essência de tais princípios.

---

<sup>47</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações ... In: TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

<sup>48</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26.

<sup>49</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 48-49.

<sup>50</sup> **MICHAELIS**: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 654.

### 3.3 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL NUMA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA

Inicialmente, deve-se discernir racionalmente o motivo de ser o acesso à justiça um direito fundamental.

Para tanto, num primeiro momento pode-se fazer uso das lições de Schmitt, citada por Robert Alexy (que discorda em parte do referido posicionamento) e consubstanciada nas seguintes palavras:

Um critério que associa elementos substanciais e estruturais pode ser encontrado na definição de direitos fundamentais de Carl Schmitt, segundo a qual os direitos fundamentais são “apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”.<sup>51</sup>

No ensejo, cumpre consignar a título de esclarecimento, que para Alexy a definição de quais seriam os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição alemã deverá se alicerçar em algum ou alguns dos seguintes critérios: substancial, estrutural e formal, sendo este último, o que ganhou a adesão do referido autor.<sup>52</sup>

Para o presente estudo, todavia, o critério formal utilizado de maneira isolada não teria o condão de proporcionar uma resposta satisfatória à questão de ser ou não o acesso à justiça um direito fundamental, mesmo porque, para os homens, seres racionais, devem sempre existir razões substanciais que justifiquem a forma e, nessas circunstâncias, não há como se relegar o critério substancial manejado por Schmitt, na elaboração de sua definição de direitos fundamentais.

Diante da lição supracitada, qual seja: a de que os direitos fundamentais são aqueles que constituem o fundamento do Estado, pode-se concluir que em qualquer Estado de Direito (ou Democrático de Direito, como a própria Constituição denomina o atual paradigma vivenciado<sup>53</sup>), o acesso à justiça será considerado também um direito fundamental, por ser um componente arquitetônico imprescindível, sem o qual

<sup>51</sup> SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten (1932). In: \_\_\_\_\_ Verfassungsrechtliche aufsätze. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 190, apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

<sup>52</sup> Ibid., p. 65-69.

<sup>53</sup> BRASIL, op. cit. p. 9, nota 31.

não há como se pensar em Estado de Direito<sup>54</sup>, ao menos nos moldes em que foi forjado e vem se desenvolvendo desde a sua origem, ou seja, como um Estado em que existem normas pré-estabelecidas e onde todos se sujeitam a elas, independentemente das diferenças pessoais, mas proporcionalmente as diferenças materiais.<sup>55</sup>

Se a marca do Estado de Direito é a existência de normas pré-estabelecidas, às quais todos devem se submeter, como dizer, então, que o acesso à justiça para a proteção e imposição coercitiva desses direitos não seria um dos fundamentos desse Estado? Sem ele, de nada valeriam as suas principais características acima já mencionadas, ou seja, sem ele, não se poderia falar em Estado de Direito, mas em estado de injustiças.

Todavia, tais reflexões não respondem o porquê de o Estado Moderno ter como um de seus fundamentos a proteção dos direitos, traduzida pelo acesso à justiça.

Mirando em uma resposta mais essencial, cabe registrar as lições de Comparato, que sem olvidar os ensinamentos de muitos pensadores alemães, que consideram os direitos fundamentais nada mais que direitos humanos positivados, os define utilizando-se de uma base jusnaturalística imprescindível à correta compreensão do tema, por entender que esse núcleo de direitos não está a disposição do Estado.<sup>56</sup>

Nesse sentido, ele ensina que os direitos humanos são direitos inerentes à natureza humana, somente a ela e a toda ela<sup>57</sup>, natureza que diferencia o homem de todos os demais animais e tem como indicador principal o uso da razão, que lhe permite ser conscientemente livre e igual<sup>58</sup>, capaz de contemplar a si, aos outros e ao mundo<sup>59</sup>, elaborando juízos de valor, conceitos e preceitos para a eles se submeter

---

<sup>54</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 72, nota 39.

<sup>55</sup> COMPARATO, op. cit. p. 132, nota 1.

<sup>56</sup> Ibid., p. 57-59.

<sup>57</sup> Ibid., p. 57.

<sup>58</sup> Ibid., p. 21.

<sup>59</sup> FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação.** Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980, p. 26.

(autonomia e liberdade)<sup>60</sup>, característica que só pode ser exercitada com plenitude e universalidade se houver um órgão estatal imparcial, que se preocupe em garanti-la.

Não se mostra demasiado registrar, que tal predicado é que substancia a dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade é também consequência dessa racionalidade, que propicia a consciência de si que os homens têm como seres livres e iguais, bem como naturalmente autônomos, dotados de livre arbítrio e historicidade.<sup>61</sup>

O Direito e a Justiça são institutos presentes em todas as civilizações, desde as mais primitivas até as mais modernas, ganhando contornos diferentes em cada uma delas, mas sempre presentes como consequência da racionalidade humana, que, permitindo ao homem ser consciente e contemplativo, lhe permite elaborar julgamentos e tomar decisões sobre sua vida e seus bens, aptidão que pode ser inviabilizada pela ausência de normas e proteção à elas.

Prova dessa perenidade é a previsão já na Magna Carta Inglesa de 1215, do direito ao devido processo legal e a inafastabilidade da justiça, insculpidos respectivamente nos tópicos 39 e 40 de tal documento.<sup>62</sup>

O homem, ao se posicionar diante dos fatos naturais ou humanos, externa a sua historicidade, sua aptidão para conduzir sua própria vida e interferir nos rumos da humanidade e, por conseguinte, sua apetência natural por liberdade e justiça, justificando o caráter humanístico do direito de acesso a ela.

Por essa perspectiva segue o magistério de Comparato, no seguinte sentido:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> COMPARATO, op. cit. p. 62, nota 1.

<sup>61</sup> FREIRE, op. cit. p. 18, nota 43.

<sup>62</sup> COMPARATO, op. cit. p. 83, nota 1

<sup>63</sup> Ibid. p. 21.

Tal autonomia, como se vê, é a tradutora da liberdade e igualdade humana, estando indissociavelmente ligada à racionalidade, ao Direito e à Justiça, pois, do contrário, se eles inexistissem, não seria possível ao homem perceber e apreciar as coisas, nem ditar conscientemente os próprios rumos, prevalecendo o instinto e a força, podendo-se concluir que a justiça serve para que a razão e a humanidade imperem.

Diante da constatação de que não há como se falar em humanidade e dignidade sem a possibilidade de proteção da autonomia humana, que se dá por meio dos direitos materiais ou processuais, garantidos à todos os seres conscientemente livres e iguais como um consectário de sua racionalidade, pode-se concluir que não há como se contestar a idéia de que o acesso à justiça é um direito humano e fundamental, mesmo porque, consta da Constituição pátria (e aí aparece a importância do critério formal<sup>64</sup>, que robustece o discurso), justamente no espaço destinado aos direitos fundamentais, preceitos como: direito de petição, inafastabilidade do órgão jurisdicional, contraditório, ampla defesa e juiz natural, como afirmado no tópico acima.

Esse conjunto de dispositivos conduz a crença insofismável, de que há uma preocupação axiológica do Diploma Político brasileiro com o acesso de todos os cidadãos aos direitos assegurados em no ordenamento, pois um homem sem direitos ou num simulacro de direitos não será livre nem igual, não tendo a sua dignidade respeitada, ao contrário do que determina a sua natural condição de ser autônomo.

No ensejo, cumpre destacar, que mesmo quando o direito material tutelado não seja considerado um direito humano, por exemplo: no caso do cumprimento de uma obrigação de fazer uma benfeitoria voluptuária, ainda assim o acesso à justiça deverá ser visto como um direito fundamental, pois o que lhe empresta tal característica não é a natureza do direito material tutelado, mas a natureza humana, que, insista-se, para ser plenamente, ao contrário dos demais animais, precisa de direitos que, por mais singelos que sejam, consagrem, ainda que indiretamente, a liberdade e igualdade (autonomia humana).

---

<sup>64</sup> ALEXY, op. cit. p. 68, nota 51.



Quando um homem é privado de qualquer direito, mesmo que seja de mero acesso a um bem material, perde um pouco de sua humanidade, não por deixar de ser humano, mas por deixar de ser tratado como um homem, como um ser racional e consciente, que se guia pela razoabilidade ética tangível a todo ser pensante e, assim, se distancia do arbítrio imanente na instintividade.

### 3.4 O DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÕES POSITIVAS INERENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como afirmado no tópico 1.1, os direitos fundamentais foram concebidos originariamente apenas com um *status* negativo<sup>65</sup>, ou seja, como um dever de não fazer do Estado, que deveria, em prol da liberdade individual, se abster de interferir na esfera jurídica do indivíduo, marcando-se, com isto, a 1ª dimensão dos Direitos Fundamentais.

Tal postura, não obstante caracterizasse uma evolução em face do contexto absolutista vivido anteriormente, exprimia o semblante de um Estado exclusivamente liberal<sup>66</sup>, dominado por instâncias burguesas, que se preocupavam preponderantemente com a possibilidade de negociarem livremente, sem a interferência arbitrária do Estado.

Esse modelo, todavia, propiciou um dos maiores níveis de exploração humana que se tem notícia<sup>67</sup> e, demonstrando sua fragilidade, passou a ser contestado com idéias direcionadas à criação de um Estado Social, não mais obrigado a se abster de interferir nas relações privadas de forma absoluta, mas sim comprometido com prestações fáticas e normativas<sup>68</sup> tendentes a proporcionar aos cidadãos um genuíno e substancial direito a liberdade e a igualdade, o que gerou uma inflação

---

<sup>65</sup> ALEXY, op. cit. p. 433, nota 51.

<sup>66</sup> Ibid., p. 435.

<sup>67</sup> ENGELS; MARX, op. cit. p. 82-83, nota 13.

<sup>68</sup> ALEXY, op. cit. p. 442, nota 51.

das funções políticas, legislativa e executiva, somente equalizada com a ampliação da função jurisdicional, incumbido de controlar os excessos e as omissões.<sup>69</sup>

Nesse novo cenário, os direitos fundamentais ganharam um *status* positivo<sup>70</sup>, passando, por conseguinte, a consubstanciarem um dever do Estado a determinadas prestações capazes de concretizar o seu conteúdo, prestações estas, que doutrinariamente são divididas em: de proteção, de organização e procedimento, e de prestações em sentido estrito<sup>71</sup>, podendo ser divididas também em fáticas e normativas, conforme ensina Alexy nos seguintes termos:

A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens.<sup>72</sup>

Percebe-se na lição acima, que os direitos à proteção e à organização e procedimento normalmente são materializados mediante prestações positivas normativas, enquanto as prestações em sentido estrito, mais relacionadas a políticas sociais, se concretizam através de condutas fáticas, e se distinguem sob este prisma de visão, em virtude de poderem ser prestadas também por particulares, que tenham disposição e capacidade econômica para tanto.

Ciente de tal sistematização, se deve adiante concentrar a atenção de forma mais específica no direito fundamental que por ora mais interessa, qual seja: o de acesso à justiça e a dimensão procedimental normativa de sua proteção.

---

<sup>69</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 59-60, nota 14

<sup>70</sup> ALEXY, op. cit. p. 263-267, nota 51.

<sup>71</sup> Ibid., p. 444.

<sup>72</sup> Ibid., p. 442.

### 3.5 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÕES POSITIVAS

Diante da constatação alcançada nos itens acima, de que os direitos fundamentais hodiernamente impõem prestações por parte do Estado e de que não há liberdade nem igualdade sem o acesso à tutela dos direitos<sup>73</sup>, ou seja, não há como se falar em humanidade e dignidade humana sem a possibilidade de proteção dos direitos garantidos a todos os seres conscientemente livres e iguais, pode se concluir por consectário, que não basta somente a garantia formal de acesso à justiça, mediante enunciados normativos contidos no Diploma Político, tais como: todos têm o direito de peticionar ao Poder Público, pois este enunciado seria quase equivalente a nada dizer, como bem ensina Bedaque ao afirmar que:

Em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.<sup>74</sup>

De que adiantaria uma previsão expressa, no sentido de que o Estado, detentor do poder de tutelar os direitos e substituto da auto-tutela primitiva, se abstinhasse de tolher a possibilidade de proteção das pessoas e seus bens, sem que, em contrapartida, o mesmo Estado oferecesse uma instância eqüidistante das partes para solucionar os conflitos, se não fosse criado um procedimento normativo disciplinador desta atividade<sup>75</sup>, se não fosse garantido o direito pleno de defesa e se não fossem criados mecanismos aptos ao enfrentamento dos problemas inerente à atividade de judicar, tais como: os recursos, a tutela antecipada, os meios de coerção judicial e outros?

Colaborando com a resposta a tal problema, Canotilho, um dos representantes da idéia de um direito fundamental à prestações de procedimento, ensina, com enfoque

---

<sup>73</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 73, nota 39

<sup>74</sup> MARINONI, op. cit. p. 206, nota 40.

<sup>75</sup> ALEXY, op. cit. p. 473, nota 51.

principalmente na realização do direito de defesa e de qualquer direito material, rememorando as lições de Goerlich, que:

Em termos teóricos, a existência de um *direito subjetivo no procedimento/processo* poderia desenvolver-se a partir da tese de GOERLICH: 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>76</sup> (grifos do autor)

Percebe-se assim, que somente com uma postura mais proativa, a cargo do legislativo e do próprio judiciário<sup>77</sup>, que se traduza não só na criação de toda uma técnica processual<sup>78</sup>, mas também na adequada compreensão e aplicação das normas jurídicas (escritas ou não)<sup>79</sup>, de maneira a atender a base axiológica constitucional pátria, se pode efetivamente satisfazer o Direito Fundamental de Acesso à Justiça, extraído mediante uma interpretação teleológica e sistemática<sup>80</sup> dos direitos de petição, à inafastalidade da tutela jurisdicional, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à motivação e à publicidade dos atos processuais, ou seja, de todo o arsenal ético-processual<sup>81</sup> armazenado pelo Diploma Político brasileiro no título dos Direitos e Garantias Fundamentais.<sup>82</sup>

Enveredando por rumo convergente, Alexy detecta, com apoio na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, uma inadequação na interpretação meramente literal das disposições de direitos fundamentais, razão pela qual, visando superar este déficit hermenêutico, trabalha com a idéia de normas atribuídas, quais sejam: aquelas que se encontram subjacentes nos enunciados normativos (normas expressas), ensinando que os direitos fundamentais normalmente gozam de uma

---

<sup>76</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 78.

<sup>77</sup> ALEXY, op. cit. p. 474, nota 51.

<sup>78</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 80, nota 48.

<sup>79</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 69.

<sup>80</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101.

<sup>81</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 7, nota 49.

<sup>82</sup> BRASIL, op. cit. p. 10, nota 31.

abertura semântica e estrutural, que não só permite como exige uma atribuição de sentido aos enunciados normativos.<sup>83</sup>

Essa abertura semântica (conceito semelhante ao de termos vagos) decorre da utilização de expressões excessivamente indeterminadas, tais como os termos igualdade, liberdade, segurança e outros, que precisam ser concretizados por regras semânticas criadas pelos exegetas.<sup>84</sup>

Já a abertura estrutural (conceito similar ao de cláusula geral) é um consectário da indeterminação dos resultados advindos da correta aplicação da norma, ou mesmo de sua desobediência, ou seja, existem normas que não contém especificamente um dever estatal de intervenção, ou de abstenção, carecendo, por isto, de um maior esforço exegetico.<sup>85</sup>

Tal percepção é importante, pois o objeto do presente estudo envolve, principalmente, duas disposições de direito fundamental com uma abertura estrutural (cláusulas gerais) nítida, qual seja: não se consegue, por meio de uma interpretação meramente literal, determinar todas as conseqüências das disposições de direitos fundamentais insculpidas no artigo 5º, incisos XXXIV, a e XXXV da CRFB de 1988, que disciplinam vagamente o direito de petição aos órgãos públicos e à inafastabilidade da tutela jurisdicional respectivamente.<sup>86</sup>

Em outras palavras, o que se quer dizer é que, apenas por meio de uma leitura fria de tais enunciados, não se consegue extrair com facilidade todas as suas conseqüências, que podem ser traduzidas num dever estatal de prestações que propiciem a resolução efetiva dos problemas levados ao seu crivo, como também num dever estatal de mera disponibilização de um serviço de protocolo para o recebimento de reclamações, bem como de abstenção à imposição de obstáculos legais ao acesso à justiça, dependendo, por certo, da ideologia do intérprete, ou

---

<sup>83</sup> ALEXY, op. cit. p. 70-71, nota 51.

<sup>84</sup> Ibid., p. 70.

<sup>85</sup> Ibid., p. 71.

<sup>86</sup> BRASIL, op. cit. p. 12, nota 31.

seja, do sistema de idéias que conformam o seu pensamento<sup>87</sup>, que pode deitar suas raízes em posturas exclusivamente liberais, ou ter como meta o equilíbrio social e democrático, em consonância com uma liberdade substancial.

Nesse sentido, Alexy, utilizando de um exemplo contido na constituição alemã, ensina que:

A *abertura estrutural* característica de inúmeras disposições de direitos fundamentais, pode ser identificada no caso do art. 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã na impossibilidade de se determinar, a partir do mero dever de que ciência, pesquisa e ensino sejam livres, se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direito subjetivos do cientistas que digam respeito a liberdade científica.<sup>88</sup> (grifo do autor)

Feitas tais considerações, é possível consentir com o fato de as normas constitucionais anteriormente mencionadas serem, indiscutivelmente, normas com uma abertura estrutural tal que demande o estabelecimento, pelo intérprete, mediante uma visão sistemática, das providências estatais advindas de sua observância, para que não restem esvaziadas de eficácia,

Conclui-se a partir daí, que uma interpretação literal dessas normas, que conduza a um resultado meramente declaratório<sup>89</sup>, ou seja, que apenas reconheça um dever estatal formal de receber petições dos cidadãos e de não obstaculizar o ingresso de demandas judiciais será insuficiente ou até inútil<sup>90</sup>, pois de tal forma haverá apenas um simulacro de acesso à justiça, de garantia da liberdade e da igualdade entre as pessoas.

A resposta ora obtida permite a afirmação, então, de que as normas em comento, relativas ao acesso à justiça, para cumprirem o seu escopo, permitindo uma proteção concreta da autonomia e da igualdade humana, devem ser compreendidas como deveres impostos ao Estado (legislador e juiz)<sup>91</sup>, de elaboração e constante aperfeiçoamento da técnica processual (que se dará pela interpretação das

---

<sup>87</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 179.

<sup>88</sup> ALEXY, op. cit. p. 71, nota 51.

<sup>89</sup> CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit. p. 102, nota 80.

<sup>90</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 63, nota 39.

<sup>91</sup> ALEXY, op. cit. p. 474, nota 51.

cláusulas gerais a fim de serem criados mecanismos que maximizem a satisfação dos direitos fundamentais, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes), para que o acesso à justiça seja garantido na maior medida possível, conforme bem ensina Alexy, ao dissertar sobre as normas principiológicas, que constituem a maior parte dos direitos fundamentais, como mandados de otimização, senão observe:

O ponto decisivo na distinção entre regras e *princípios* é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamento de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>92</sup> (grifos do autor)

Esse ponto é de singular relevo para a correta compreensão da proposta ora espreitada, pois o que se pretende com a defesa de um poder diretivo do juiz no aperfeiçoamento constante da técnica processual, através mesmo de uma atividade criativa (decorrente da interpretação das cláusulas gerais e termos vagos), é a satisfação em maior medida do direito fundamental de acesso à justiça, fundado sobre princípios materializadores de valores como liberdade e igualdade, e que encerram direitos como: de petição ao Poder Público e à inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Dessa forma, vistos tais princípios como mandamentos de otimização que devem ser atendidos em graus, na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, concluí-se também, que o dever de constante aperfeiçoamento da técnica processual aqui advogado não visa somente eliminar do sistema jurídico as graves violações à ordem constitucional detectadas, mas também e, principalmente, satisfazer ao máximo possível essa natureza principiológica das normas que denotam uma preocupação com o acesso à justiça, criando-se técnicas que atendam em maior medida esse preceito.

O que se quer dizer com isto é que, ainda que exista uma técnica adotada na condução de um procedimento, seja ela formalmente reconhecida ou decorrente dos costumes, mesmo que ela aparentemente atenda ao anseio constitucional por justiça, o operador deve sempre se perguntar em que medida ela atende a tal anseio

---

<sup>92</sup> Ibid., p. 90.

e se seria possível satisfazê-lo em maior grau, com a adoção de uma técnica distinta, mais expedita e igualmente preservadora do valor segurança, ou mais segura e igualmente preservadora do valor eficácia.

Mediante essa postura, passa-se a admitir, por exemplo, uma aplicação analógica do artigo 544, §3º do CPC<sup>93</sup> no âmbito dos Tribunais de Justiça, a inversão do ônus da prova em processos que não versem sobre direito do consumidor, e a ter como indispensável, uma fundamentação sobre os fatos, que abranja alguns pontos do direito probatório, indispensáveis a uma série de conclusões normalmente exigidas em tal momento – como se falará ao final deste trabalho, além de outras inovações não previstas em lei, que atendam em maior medida o anseio por uma justiça eficaz e segura.

Nesse contexto, o direito fundamental de acesso à justiça, para que tenha a sua eficácia controlada pelos indivíduos e atendida pelo Judiciário, deve ser tido, também, como um direito subjetivo, exigível pelo cidadão das instâncias estatais (legislativo e judiciário), a quem compete à proteção de tal direito, sob pena deste dever estatal não gozar de nenhum mecanismo institucional de exigência, o que seria inconcebível ante a sua auto-aplicabilidade.<sup>94</sup>

Destarte, frente a tudo que foi exposto até aqui, já se mostra possível realizar, sem medo de equívocos, a seguinte afirmativa: o direito fundamental de acesso à justiça deve denotar uma justiça substancial e não o mero ingresso com demandas, sendo exigido, por consequência, principalmente do Poder Judiciário, que é quem tem o dever primordial de proteger os direitos fundamentais, auto-aplicáveis por natureza<sup>95</sup>, um constante aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, através da utilização de técnicas processuais (inéditas ou adaptadas) mais aptas ao alcance de tal resultado, o que, por óbvio, exigirá uma motivação dotada de razoabilidade,

---

<sup>93</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 675.

<sup>94</sup> ALEXY, op. cit. p. 445, nota 51.

<sup>95</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31.



aceitabilidade<sup>96</sup> e preocupada com o modelo de processo encerrado pela Constituição pátria, ou seja, com um devido processo constitucional.<sup>97</sup>

Obviamente, que em alguns casos (como, por exemplo, no estabelecimento de multa pecuniária pelo inadimplemento de obrigação de pagar quantia certa em execução provisória decorrente de tutela de urgência<sup>98</sup>) problemas advirão da utilização desse amplo poder diretivo, todavia, para esses casos mostra-se satisfatório um método de raciocínio e fundamentação como o da proporcionalidade, com uma prévia ponderação, baseada na argumentação sobre as características que permeiam o caso em espécie<sup>99</sup>, na orientação normativa da Constituição e na razão prática geral.<sup>100</sup>

Falando da necessidade de se enxergar o direito fundamental ao procedimento como uma importante forma de se atender ao arquétipo de um Estado efetivamente Democrático de Direito, mediante o qual as pessoas possam defender os seus direitos contra o Estado e contra particulares, Canotilho, apesar de trabalhar com a idéia de criação de procedimentos específicos, realiza uma constatação fundada em sustentáculos que também podem, sem sombra de dúvidas, alicerçar o já mencionado poder diretivo do juiz na efetivação do devido processo constitucional, que engloba o direito a uma concreta tutela jurídica, senão observe:

De qualquer forma, configurado subjectivamente como direito ou objectivado obrigatoriamente através do cumprimento de um *dever* pelo Estado, o processo torna-se indispensável para assegurar uma proteção eficaz dos direitos fundamentais. O que agora se pergunta não é o de saber se há direito ao processo/procedimento e ao correspondente dever do Estado, mas como definir, conformar e ordenar a dimensão processual dos direitos fundamentais.<sup>101</sup> (grifo do autor)

<sup>96</sup> PERELMAN, op. cit. p. 223, nota 6.

<sup>97</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 26, nota 48.

<sup>98</sup> ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um “devido processo proporcional”. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: ... Almedina: Coimbra, 2006, p. 417-435, p. 432.

<sup>99</sup> ALEXY, op. cit. p. 116-117, nota 51.

<sup>100</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 268.

<sup>101</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 79, nota 76.

Sob a ótica do direito fundamental ao procedimento, cabe ao Estado, legislador e juiz, a efetivação<sup>102</sup>, por meio de prestações positivas, do direito fundamental de acesso à justiça, contido no modelo constitucional de processo brasileiro, necessidade que só será satisfeita na medida em que o Judiciário assuma concretamente o papel de guardião desse direito e, portanto, o necessário poder diretivo do juiz como matriz de uma nova mentalidade, diferente do legalismo até então reinante, que se mostrou incapaz de colocar o Poder Judiciário numa posição confortável perante a sociedade, na maior parte das vezes insatisfeita com a demora e com o formalismo de seus membros, nocivo à efetivação de seus próprios provimentos.

Somente com essa postura, que enxerga no acesso à justiça um “direito de obter concretamente os meios necessários à satisfação de um interesse protegido pelo legislador material”<sup>103</sup>, é que se poderá satisfazer de maneira plena o texto constitucional na atual era do Direito.

### 3.6 AS NORMAS ABERTAS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A incursão de normas abertas no ordenamento jurídico pátrio, como um conseqüência de uma nova postura legislativa de vanguarda, mais consentânea com os tempos atuais, de pluralismo e dinamismo, que se traduzem em constantes transformações sociais e agregação de complexidade às relações jurídicas não é uma constatação nova<sup>104</sup>, todavia, a preocupação lançada nesse estudo não tem por foco o alcance dessa observação, mas sim a sua raiz, ou seja, a causa dessa nova postura e a amplitude do seu espectro sobre o âmbito do acesso à justiça e do processo, vertente que segue dominada por dogmas conservadores, os quais pensavam

---

<sup>102</sup> ALEXY, op. cit. p. 474-477, nota 51.

<sup>103</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 67, nota 39.

<sup>104</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

traduzir os valores segurança e liberdade, que dominaram os desejos predominantemente burgueses do século XIX.<sup>105</sup>

Face tal panorama, se esclarece que ao se utilizar a expressão normas, cingi-se tanto a idéia de princípios como a de regras e, pelo termo abertas, abrange-se ainda a noção de termos vagos ou indeterminados e de cláusulas gerais<sup>106</sup>, e isto, porque parece, ao menos hoje, ser plenamente possível que existam tanto princípios como regras que possuam termos vagos ou cláusulas gerais em seu bojo, não obstante tais idéias remetam normalmente a uma arquitetura principiológica<sup>107</sup>.

Realizadas essas considerações introdutórias de cunho terminológico, nos cabe agora examinar quais os resultados advindos da emergência de um contexto jurídico pós-positivista para o direito processual, que apesar de já ter adquirido consciência do seu caráter instrumental, tradicionalmente manteve-se escravizada pela noção de tipicidade das formas, o que era sustentado, insista-se, com o intuito de se prestigiar a segurança e a liberdade, como afirma Marinoni, ao lecionar que:

Na época do Estado Liberal clássico, vigorava no processo civil o chamado princípio da tipicidade das formas executivas, que tinha o significado de impedir a utilização, por parte das partes e do juiz, de meios executivos não expressamente previstos na lei. Esse princípio objetivava garantir a liberdade dos litigantes diante da jurisdição. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Dava-se ao litigante a garantia de que, no caso de eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos tipificados.<sup>108</sup>

É necessário ressaltar, que ainda hoje é possível se observar posturas de magistrados e professores confluentes com o padrão estabelecido pelo Estado Liberal, qual seja: de mínima atuação e conseqüente mínima intervenção na esfera jurídica particular.<sup>109</sup>

A presença de tal concepção nas academias e na prática forense pode ser facilmente ilustrada por alguns exemplos clássicos, tais como: a questão

<sup>105</sup> MARINONI, op. cit. p. 23-25, nota 40.

<sup>106</sup> BUENO, op. cit. p. 19-24, nota 104.

<sup>107</sup> BARROSO, op. cit. p. 343, nota 9.

<sup>108</sup> MARINONI, op. cit. p. 117, nota 40.

<sup>109</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 225, nota 17

concernente a possibilidade de imposição de multa pelo não cumprimento de obrigação de pagar quantia certa em casos de urgência<sup>110</sup>, sobre a possibilidade de se ampliar as hipóteses de inversão do ônus da prova para além das fronteiras consumeristas<sup>111</sup>, e sobre a utilização de outros mecanismos, que não estão previstos legalmente, mas que estão em total consonância com o anseio por justiça contido no Diploma Político brasileiro e materializado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, democracia, solidariedade, cooperação, liberdade, igualdade, devido processo legal, inafastabilidade da tutela jurisdicional e pelo direito de petição<sup>112</sup>, na compreensão mais moderna de tais normas.

Esse alicerce axiológico é imprescindível não só para a interpretação de regras ou para a supressão de lacunas, mas também e principalmente para a conformação do método que o processo constitui, delineando as suas características e seus objetivos, já que tal método nada mais é do que o resultado do caldo de cultura de uma sociedade e, portanto, não pode destoar dos valores humanos conquistados<sup>113</sup>, nem por vontade expressa e, *a fortiori*, nem pela omissão do legislador, que como visto, possui restrições impostas pela Constituição Federal, que deverão orientar seus atos comissivos e omissivos, não só na forma, mas, sobretudo, no conteúdo.<sup>114</sup>

Mediante tais constatações é que se justifica o presente debate, pela sua pertinência com a realidade vivida, sendo certo, ainda, que os exemplos acima não esgotam todo o arsenal de casos em que um magistrado se esconde atrás do formalismo intransigente, negando medidas processuais de suma importância para o deslinde mais justo e efetivo da causa, sob o argumento de inexistir previsão legal<sup>115</sup>, como ensina Chiarloni, ao constatar a confusão criada por alguns com uma interpretação distorcida do artigo 111 da Constituição Italiana, afirmando que:

---

<sup>110</sup> ALEIXO, op. cit. p. 432, nota 98.

<sup>111</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 422-426.

<sup>112</sup> BRASIL, op. cit. p. 9-12, nota 31.

<sup>113</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 33.

<sup>114</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 225, nota 17.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 225.

Bem, qualquer um poderia pensar que procedimentos, em que ritos processuais e formação de convencimento do juiz sobre fatos relevantes são comandados por cláusulas gerais, seriam hoje contrários a Constituição, em quanto o renovado art. 111 preconize uma regulamentação analítica do processo por conta da lei.<sup>116</sup> (tradução nossa)

Aliás, profissionais adeptos de tal conduta demonstram não só total indiferença com a tessitura principiológica da Constituição pátria e os valores humanos nela contidos, como também desconhecimento de dispositivos legais, como os artigos 154 do CPC<sup>117</sup> e 765 da CLT<sup>118</sup>, que impõem o regime da liberdade de formas, e o artigo 126 do CPC<sup>119</sup>, que impõe o exame de demandas ainda que não haja dispositivo legal específico para o caso, mediante a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (alguns deles constitucionalmente previstos), de forma a abranger não só o exame de mérito como também o exame de questões processuais, o que importa num incontestado reconhecimento da fragilidade positivista, mesmo antes da promulgação da Constituição Cidadã.<sup>120</sup>

Uma providência jurisdicional não pode, nos tempos hodiernos, ser indeferida sob o pálio da ausência de previsão legal específica autorizadora ou regulamentadora, senão pela vedação expressa, e/ou pela incompatibilidade sistemática com a integridade da ordem jurídica analisada em sua latitude máxima.

Para os resistentes, ou subservientes – se vistos pelo prisma da dominação política, nem mesmo a Constituição tem qualquer significado, pois suas normas seriam meramente programáticas, ou quando muito, de observância residual, ou seja, imporiam apenas objetivos ou preencheriam lacunas, mas não teriam como ser

---

<sup>116</sup> CHIARLONI, Sérgio. Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LV (Seconda Serie), nº 4, p. 1.010-1.034, ottobre-dicembre 2000, p. 1015. Do original: Orbene, qualcuno potrebbe pensare che procedimenti, dove cadenze processuali e formazione del convincimento del giudice sui fatti rilevanti sono governati da siffatte clausole generali, si pongono oggi di fuori della Costituzione, in quanto il rinnovato art. 111 richiederebbe una regolamentazione analítica del processo ad opera della legge.

<sup>117</sup> BRASIL. op. cit. p. 628, nota 93.

<sup>118</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade mecum saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 943.

<sup>119</sup> BRASIL, op. cit. p. 625, nota 93.

<sup>120</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 225-226, nota 17.

exigidas ou aplicadas coercitivamente, ou quando exigidas, não poderiam contrariar as regras e nem suprir o seu papel.<sup>121</sup>

Não obstante, parece mais razoável e até mesmo lógico discernir, que o fato de o constituinte ter consignado explicitamente no Diploma Político pátrio, valores como justiça e democracia, e princípios como o devido processo legal, em concomitância com o direito de petição e com a cláusula de inafastabilidade do Poder Judiciário, já externa com clareza insofismável o seu desejo de oferecer ao povo brasileiro um instrumento profícuo de emancipação e pacificação social com justiça, que para prosperar não pode depender exclusivamente de regulamentações legislativas, seja por ser impossível ao legislativo prever técnicas para todas as situações fáticas que possam ocorrer concretamente<sup>122</sup>, seja porque, em havendo tal dependência, se admitiria também que o direito de ação, na sua acepção mais substancial<sup>123</sup>, ficasse completamente inviabilizado diante da inércia legislativa, tornando-se meramente um ornamento da letra constitucional.<sup>124</sup>

O mesmo ocorreria com o *status* de cláusula pétrea inerente a todos os direitos fundamentais<sup>125</sup>, que deve impedir o legislador não só de modificá-los para restringi-los, mas, também, de se omitir para cerceá-los, bem como ao juiz de olvidá-los por ausência de regra infraconstitucional regulamentadora, sob pena de subversão a ordem democrática que se visa incessantemente estabelecer.

Ademais, as normas abertas ora comentadas são o típico resultado do influxo de uma carga axiológica no ordenamento jurídico, transformado no arauto dos direitos sociais, que inexoravelmente se estruturam em idéias vagas e gerais, corolários dos propósitos e valores nelas contidos.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> BARROSO, op. cit. p. 43, nota 2.

<sup>122</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 85, nota 14

<sup>123</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 79, nota 39.

<sup>124</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p.226, nota 17.

<sup>125</sup> BRASIL, op. cit. p. 44, nota 31.

<sup>126</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 60, nota 14.

Sob essa tensão, gerada pelo enfrentamento de uma ótica liberal, conservadora e individualista, contra um novo contexto extremamente valorativo e ético<sup>127</sup>, que tem nos direitos humanos um norte a ser observado por expressa manifestação constitucional<sup>128</sup>, e se mostra irresignado com uma concepção estática e legalista do direito, até por estar ciente do dinamismo que envolve a sociedade moderna, é que surgem com relevância singular as normas abertas, escritas ou não, mas sempre congruentes com o sistema e sua humanidade.<sup>129</sup>

Valendo-se de algumas vantagens do juspositivismo, mas sem abandonar a necessária humanização e maleabilidade do direito, essas normas surgem carregadas com um teor axiológico coerente, compostas tanto por princípios como por regras, explícitas ou não, que propositadamente possuem tanto termos vagos (que gozam de uma abertura semântica, ou seja, de uma indeterminação de significados), como cláusulas gerais (que gozam de uma abertura estrutural, ou seja, de uma indeterminação de suas conseqüências)<sup>130</sup> em sua arquitetura, a fim de propiciar uma efetiva proteção aos direitos, independentemente de regras mais diretas e unívocas.<sup>131</sup>

Por rumo convergente, dissertando sobre as possibilidades hermenêuticas imanentes as normas abertas, especialmente sobre a cláusula de justo processo contida na Constituição italiana, Bove ensina que:

Isto, se quisermos enfrentar a interpretação do artigo 111 da Const. em termos técnicos e não genericamente ideológico-políticos, significa que, se seguramente não parece justo um processo que não respeita as garantias do 2º parágrafo do artigo 111 da Const., não é verdade que só estas garantias representam e devam representar os elementos constitutivos do conceito de <<justo processo>>. Em resumo nada impede que no futuro a Corte constitucional possa reconhecer ao 1º parágrafo do art. 111 da Cost., em particular ao conceito indeterminado <<justo processo>>, a necessidade de se respeitar garantias posteriores em relação àquelas previstas no 2º parágrafo do mesmo artigo.<sup>132</sup> (tradução nossa)

<sup>127</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 49, nota 49.

<sup>128</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31.

<sup>129</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 226, nota 17.

<sup>130</sup> ALEXY, op. cit. p. 70-71, nota 51.

<sup>131</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 226, nota 17 ...

<sup>132</sup> BOVE, Mauro. Art. 111 Cost. e <<giusto processo civile>>. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LVII (Seconda Serie), nº 2, p. 479-522, aprile-giugno 2002, p. 493. Do original: Ciò, se

É nesse cenário, que surgem com vital importância os princípios constitucionais e os direitos humanos, insista-se, previstos ou não em diplomas escritos<sup>133</sup>, mas sempre coerentes com a função de libertar e guiar o operador nessa nova quadra pós-positivista, que de todos exige uma postura mais comprometida com os valores humanísticos e com os fins propostos por eles, conformadores da atual razão guia, no afã de que não sejam aceitos os defeitos e as omissões do sistema como algo que deva ser digerido, algo com o qual se deva resignar.<sup>134</sup>

Em termos mais claros, o que se quer dizer é que não só quando inexistir disciplina legal sobre novas situações, que decorram da especificidade habitual dos casos ou mesmo da evolução social, mas também quando a regulamentação legal estiver em dissonância do que se espera do Estado em termos de eficácia e segurança, seja em decorrência de transformações tecnológicas, econômicas ou epistemológicas, caberá ao magistrado, com alicerce no núcleo de garantias mínimas constitucionais – ou no modelo constitucional de processo, resolver o problema em concreto mirando na efetividade máxima de tal modelo, buscando na maior medida possível a realização dos provimentos, dos direitos de defesa e de suas garantias imanentes, o que só será possível com sustentáculo nas normas abertas, trazidas tanto pela Constituição como pelas recentes modificações legislativas.

Conforme se examinará com maior acuidade no tópico 1.8, nem mesmo um argumento fundado no devido processo legal ou no processo justo, mostra-se capaz de impedir a prática de atos processuais não previstos expressa e exhaustivamente na lei, já que tais preceitos, conforme se perceberá, não infirmam a aplicabilidade plena e imediata dos princípios, nem significam uma total sintonia com um positivismo ortodoxo<sup>135</sup>, recebendo, aliás, uma conotação muito mais humanística,

---

vogliamo affrontare l'interpretazione dell'art. 111 Cost. in termini tecnici e non genericamente ideologico-politici, significa che, se sicuramente non sarebbe giusto un processo che non rispettasse le garanzie di cui al 2° comma dell'art. 111 Cost., non è detto che solo queste garanzie rappresentino e debbano rappresentare gli elementi costitutivi del concetto di <<giustoprocesso>>. Insomma nulla esclude che in futuro la Corte costituzionale possa trarre dal 1° comma dell'art. 111 Cost., in particolare dal concetto indeterminato <<giusto processo>>, la necessita di rispettare garanzie ulteriori rispetto a quelle esplicitate nel 2° comma dello stesso articolo.

<sup>133</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31.

<sup>134</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 226-227, nota 17.

<sup>135</sup> Ibid., p. 228.



com o objetivo de se impedir julgamentos antagônicos aos valores humanos universais, que devem cingir todos os processos judiciais, tais como: o juiz natural, contraditório, ampla defesa, publicidade, fundamentação e efetividade das decisões judiciais, conforme se extrai das palavras de Comoglio, no magistério que segue:

- o *due process of law* não é cláusula de conteúdo rígido, pré-constituído e preciso, mas, ao contrário, contém abertura flexível para uma observância em concreto da *fairness* de cada procedimento;
- o direito de agir e de defender-se, por ele garantido, é entendido como possibilidade efetiva de desempenhar em juízo um mínimo de atividades processuais, instaurando e participando em contraditório;
- o processo, então, é *due* (ou segundo cada idioma, *dovuto, debido, debido*), não porque seja completamente regulado por norma legal rígida e pré-constituída, mas pelo contrário em quanto representa a garantia positiva de um direito natural do indivíduo a um processo informado pelos princípios superiores de justiça.<sup>136</sup> (tradução nossa e grifos do autor)

De tal maneira, pode-se concluir que as normas abertas apresentam-se como eficazes mecanismos de concreção dos valores humanos contidos em seu bojo e que permeiam a sociedade, devendo-se aproveitar a eficácia coativa inerente a todas às normas, para se conseguir tal objetivo, sem restrições impostas por idéias conservadoras, que defendem a neutralidade, a compartimentada separação de poderes o legalismo e a ineficácia impositiva de certas normas, por temerem as mudanças que delas podem advir, ainda quando benéficas para a coletividade.

As normas abertas, próprias de uma época diferenciada e direcionada a concreção de um novo e substantivo discernimento de justiça, não podem ser ignoradas como uma “poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e enfim, a criatividade dos juízes”.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 48-49, nota 49. Do original: - il *due process of law* non è clausola dal contenuto rígido, preconstituito e preciso, ma, al contrario, contiene aperture flessibile verso una verifica in concreto della *fairness* di ciascun procedimento; - il diritto di agire e di difendersi, da esso garantito, va inteso come possibilità effettiva di svolgere nel giudizio un *minimo* di attività processuali, instaurando e partecipando al contraddittorio;- il processo, dunque, è *due* (od, a seconda delle versioni linguistiche, <<dovuto>>, *debido, debido*), non perché sia compiutamente regolato da norme di legge rigide e precostituite, ma piuttosto in quanto rappresenta la garanzia positiva di un <<diritto naturale>> del singolo ad un processo <<informato a principi superiori di giustizia>>. (grifos do autor)

<sup>137</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 42, nota 14.

### 3.7 O SIGNIFICADO DO PODER DIRETIVO DO JUIZ NESSA ATUAL QUADRA DO DIREITO

O poder diretivo do juiz, como qualquer outro fenômeno cultural, não poderia ser analisado de maneira divorciada do contexto temporal e espacial no qual vêm se desenvolvendo as novas perspectivas do direito como um todo.

Destarte, o poder diretivo do juiz foi, durante muito tempo, compreendido de maneira exacerbadamente restritiva, a fim de que sob a direção do juiz não estivessem abrangidos sequer os atos meramente ordinatórios, de impulso processual, essenciais à direção formal do processo<sup>138</sup>, ou seja, era o império do arbítrio privado sobre o exercício da função jurisdicional, onde o papel do juiz se limitava, basicamente, a julgar a questão trazida e maturada pelas partes, como um árbitro.

Tal postura refletia com plenitude os posicionamentos liberais e individualistas assumidos principalmente no século XIX, onde o juiz era a boca da lei<sup>139</sup> e o processo se restringia a uma porção de regras extrínsecas, que serviam exclusivamente para limitar o poder do Estado e, por que não, do juiz.

Em tal conjuntura a preocupação da classe dominante, permeada por anseios principalmente burgueses, era a de restringir e regulamentar ao máximo possível a intervenção estatal na esfera jurídica do indivíduo, como se essa medida puramente solene fosse suficiente para tal fim.

As classes dominantes não eram as que mais precisavam de um poder jurisdicional atuante, mesmo porque tinham outros meios – legítimos ou não, para resolver seus problemas e, ainda por cima, contavam com bons profissionais e tinham melhores condições de suportar uma lide sem que a tutela jurisdicional fosse concedida tempestivamente, ou efetivada através de métodos mais invasivos, conforme lição de Marinoni relacionada a tal enfoque:

Ademais, a morosidade do processo atinge de modo muito mais acentuado os que têm menos recursos. A demora, tratando-se de

---

<sup>138</sup> CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 317.

<sup>139</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

litígios envolvendo patrimônio, certamente pode ser compreendida como um custo, e esse é *tanto mais árduo quanto mais dependente o autor é do valor patrimonial buscado em juízo*. Quando o autor não depende economicamente do valor em litígio, ele obviamente não é afetado como aquele que tem o seu projeto de vida, ou o seu desenvolvimento empresarial, vinculado à obtenção do bem ou do capital objeto do processo.<sup>140</sup> (grifos do autor)

Nesse contexto, o poder diretivo do juiz era nulo, indiferente com as carências sociais, bem como com os próprios contornos da lide em particular<sup>141</sup>, sob pena de qualquer postura distinta caracterizar a sua parcialidade.

Aos poucos, com a mudança da concepção acerca do papel do Estado e dos Direitos Fundamentais, tal modelo foi se adaptando, como se extrai da lição de Calamandrei.

Se o Código de 1865 foi, por razões históricas talvez nem sequer advertidas pelos seus autores, expressão das premissas individualísticas que formavam a base do Estado liberal, o Código de 1940 quer ser, de uma maneira decididamente consciente, a expressão histórica do atual Estado italiano. O reforço do princípio da autoridade do Estado se projeta e se traduz necessariamente no processo, num reforço da autoridade do juiz: reforço, que não se reduz a um simples aumento dos poderes de um órgão do Estado, nem a uma extensão da ingerência deste nas relações da vida privada e na esfera dos direitos individuais do cidadão, mas que é expressão de um diferente conceito na valorização dos interesses tutelados e garantidos pelo direito.<sup>142</sup>

O juiz passou, paulatinamente, a ser dotado de mais poderes, inclusive para coibir o uso do processo como meio para fins ilícitos, a partir do momento em que o processo deixou de ser um negócio de interesse exclusivo das partes e ganhou contornos publicistas<sup>143</sup>, já que a partir de tal momento, a alguém deveria caber a proteção do interesse público envolvido na atividade jurisdicional.

Um marco dessa nova fase foi a reforma do processo civil austríaco, realizada no final do século XIX e liderada por Franz Klein<sup>144</sup>, mediante a qual se consagrou o impulso oficial e os poderes instrutórios.<sup>145</sup>

<sup>140</sup> MARINONI, op. cit. p. 187, nota 40

<sup>141</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 299-300, nota 138.

<sup>142</sup> Ibid., p. 75-76.

<sup>143</sup> CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 306-307.

<sup>144</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 108, nota 48.

<sup>145</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 199-209, julho/setembro 1983, p. 203.

Mais tarde, no segundo quartel do século XX, não se pode olvidar as reformas realizadas no processo civil alemão<sup>146</sup> e italiano, no ápice do autoritarismo totalitário<sup>147</sup>, o que, ao contrário do que pode parecer, não veiculou uma postura ditatorial, pois não se costuma outorgar poderes a magistrados em regimes de exceção<sup>148</sup>, quando o domínio é concentrado na mão do executivo e das forças armadas, que normalmente se confundem.

Nessa escalada, ao se compreender que o processo servia a escopos públicos, se entendeu também, que o poder diretivo do juiz não poderia ser indiferente a tais escopos, razão pela qual começou a ser admitido com menor resistência não só o pleno poder de direção formal do processo, como também alguns poderes instrutórios do juiz e a instrumentalidade das formas, com a possibilidade de o juiz adequar formalmente o procedimento às especificidades de cada caso, visando resultados mais condizentes com as premissas fixadas pelo ordenamento jurídico, o que ficou conhecido como o principio da adaptabilidade.<sup>149</sup>

Hoje, depois de digeridas as idéias concernentes a existência de um Estado Social Democrático e da instrumentalidade processual, já não há grandes problemas em se admitir em amplíssima escala a instrumentalidade das formas e os poderes instrutórios do juiz, causando, talvez, algumas celeumas, a fixação dos limites para o exercício de tais poderes.

Tal diagnóstico não pode olvidar situações como a dos países de *common law*, como o Reino Unido, onde os poderes do juiz de direção do processo até há pouco não eram admitidos, quadro que se alterou nos últimos anos, com a modificação

---

<sup>146</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 2, p. 216.

<sup>147</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 76, nota 138.

<sup>148</sup> FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do Juiz. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 30-36, julho-setembro 1993, p. 36.

<sup>149</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 299-300, nota 138.

introduzida no processo civil inglês em 1998<sup>150</sup>, idealizadora do *case management* e do *dealy with case justly*.<sup>151</sup>

Deve-se destacar também a posição da Itália, aonde a situação chega a ser aparentemente conflitante, pois ao mesmo tempo em que não se admite um juiz ativo na direção material do processo, salvo nos casos expressamente previstos em lei, que são quase a regra por serem inúmeros, trabalha-se com a idéia de discricionariedade judicial e irrecorribilidade dos atos judiciais de direção formal, ou seja, há uma preocupação com a adaptação do processo às necessidades de cada caso<sup>152</sup>, mas não se admite a intervenção do juiz na busca por uma decisão mais justa, salvo, insista-se, nos casos expressos na lei, que, diga-se novamente, não são poucos.<sup>153</sup>

Não obstante, para o presente trabalho, conforme já introduzido acima, o poder diretivo do juiz não se limita a atos ordinários previstos em lei e de desenvolvimento formal do processo, nem se limita a possibilidade de o juiz relativizar a forma em prol do direito material, ou a possibilidade dele praticar atos – ou determinar a sua prática, com o fim de melhor conhecer os fatos e, assim, poder melhor aplicar o direito.

Na atual era do Direito, o poder diretivo do juiz deve ir mais além, a fim de que ele tenha autonomia e liberdade suficiente para o alcance dos fins maiores, esculpidos pelo constituinte no Diploma Político brasileiro, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com todos podendo apresentar suas reclamações aos poderes públicos e sendo atendidos, num prazo razoável e com respeito ao

---

<sup>150</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 110, nota 48.

<sup>151</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 112, ano 28, p. 159-176, outubro-dezembro 2003, p. 169-170.

<sup>152</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 337-340, nota 49.

<sup>153</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e “giusto processo” (modelli confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, ano 23, p. 159-176, abril-junho 1998, p. 125.

contraditório e a ampla defesa<sup>154</sup>, obviamente, que na medida das limitações fáticas existentes.<sup>155</sup>

Como já fora dito acima, em um dado momento o poder diretivo teve por escopo, assim como o processo, a fria aplicação da regra ao caso concreto e, por isto, ele não poderia dela se desgarrar sob pena de incoerência.

Todavia, com o crescimento das idéias jusnaturalísticas, a adoção do modelo anglo-saxônico de devido processo legal e o conseqüente ingresso de valores expressos por normas abertas nos ordenamentos de muitos países ocidentais, viu-se a necessidade de se entender o direito de maneira ampla, sob um arquétipo dialético que busca a razão para cada caso, pautada na carga axiológica humanística que agora conforma a legislação em geral, como leciona Comoglio, afirmando que:

Os múltiplos valores, de ordem ideológica e técnica, sobre os quais se fundam a << justiça procedimental >> ou a << equidade >> no processo – assim como emergem progressivamente da evolução histórica dos ordenamentos angloamericanos de *comon law* – são afirmados em nível constitucional após a metade do século XX. Esses são certamente a matriz ética cultural do << justo processo >> (o, se preferir, do << processo equo e justo >>), na acepção mais moderna, desenvolvida – na Itália, sobretudo nos anos 60 – em decorrência daquela importante corrente cultural que, sobre a base de refinadas pesquisas comparatísticas, deram vida ao jusnaturalismo processual.<sup>156</sup> (Tradução nossa e grifo do autor)

A sociedade descobriu, principalmente após os horrores da Segunda Guerra Mundial, que os legisladores não são a tábua de salvação para todos os problemas e que a interpretação pelo juiz, dos valores que unem a sociedade, é imprescindível para uma legítima aplicação do direito, com menos distorções, principalmente porque esse arcabouço axiológico humanístico constitui a Estrutura do Estado de Direito, que tem nos Direitos Humanos e Fundamentais a sua pedra angular.

<sup>154</sup> BRASIL, op. cit. p. 09-15, nota 31.

<sup>155</sup> ALEXY, op. cit. p. 90, nota 51

<sup>156</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il <<giusto processo>> civile nella dimensione comparatistica. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LVII (Seconda Serie) – N. 3, p. 702-758, luglio-settembre 2002, p. 714-715. Do original: I molteplici valori, di ordine ideologico e tecnico, sui quali si basa la <<giustizia procedurale>> o l' <<equità>> nel processo – così come sono progressivamente emersi dall'evoluzione storica di gli ordinamenti angloamericani di *comon law* – si sono affermati a livello costituzionale ed Internazionale, verso la metà de secolo XX. Essi sono certamente la matrice ético culturale del <<giusto processo>> (o, se si vuole, del << processo equo e giusto >>), nell'accezione più moderna, sviluppatasi – in Itália, soprattutto dagli anni 60 – per opera di quella importante corrente culturale che, sulla base di raffinate indagini comparatistiche, ha dato vita al c.d. <<giusnaturalismo processuale>>. (grifo do autor)

Assim sendo, o poder do juiz no processo também não pode ficar engessado pela ingênua crença na necessidade de leis específicas e exaustivas sobre procedimentos, pois, ao lado dos valores legalidade e imparcialidade, encontram-se outros, tão ou mais importantes, conforme mencionado acima, que deverão ser observados a fim de que seja alcançado um maior estado de bem estar social.<sup>157</sup>

Conclui-se, dessa maneira, que a idéia de poder diretivo articulada no presente estudo, embasado na Teoria dos Direitos Fundamentais, refere-se à obrigação que todo o juiz tem de buscar o constante aprimoramento da técnica processual mediante a aplicação direta de princípios, a fim de consumir os objetivos constitucionais, que também fornecem limites para tal exercício, na maior medida do possível, haja vista a atual substancialidade que integra o discernimento dos princípios de acesso à justiça, liberdade e igualdade.

O direito e inclusive o processo, passam a ser vistos, assim, como um sistema aberto e democrático, que deve se adaptar as evoluções sociais, tecnológicas e estruturais que acontecem no seio da sociedade, independentemente de atos legislativos autorizadores, respeitando-se, sempre, as normas abertas que conformam o Estado Constitucional hoje almejado.

### 3.8 SUPOSTOS ÓBICES DECORRENTES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL OU JUSTO PROCESSO REGULADO POR LEI

Obviamente muitos críticos hão de se insurgir contra a posição perfilhada neste estudo, proclamando que a tradução do poder diretivo do juiz acima realizada, esbarraria no óbice da segurança jurídica, trazendo surpresas às partes e violando, com isto, a cláusula do devido processo legal – inspiradora da idéia de justo processo regulado por lei, que impera principalmente na Europa.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 176.

<sup>158</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 1-2 e 47, nota 49.

Não obstante a aparência de razoabilidade contida em tal resistência, ela merece uma análise mais aguda da questão.

Deve-se registrar que o poder diretivo do juiz não é uma criação ilimitada e aleatória da técnica processual, ou seja, livre de qualquer parâmetro, de qualquer orientação; muito pelo contrário, ele tem por norte os princípios constitucionais (mandados de otimização que devem ser atendidos na maior medida do possível<sup>159</sup>), que traduzem direitos fundamentais auto-aplicáveis e o vinculam, a fim de que o procedimento não se sujeite ao arbítrio do julgador.<sup>160</sup>

Dessa maneira, sempre que o magistrado perceber – em virtude das necessidades e possibilidades de satisfação em maior medida dos valores constitucionais, que para satisfazer ao anseio constitucional por justiça (consubstanciado no direito de petição, à inafastabilidade da tutela jurisdicional, ao contraditório, a ampla defesa, ao juiz natural, a publicidade, a motivação e a razoável duração do processo) deve ser realizado um ato processual não previsto na regra ou previsto de maneira inadequada, deverá lançar mão das normas de direitos fundamentais, que materializam essa apetência por justiça, para, a partir delas, ter uma diretriz objetiva, que diminua a possibilidade de predominância de subjetividades sobre os valores democraticamente consagrados, aplicando, se necessária, a máxima da proporcionalidade.

Os mais conservadores falarão que o aprimoramento da técnica processual, com base na interpretação das normas constitucionais, pela vagueza e generalidade de seus termos, pela abertura semântica e estrutural de suas disposições<sup>161</sup>, não poderia propiciar o alicerce necessário ao poder diretivo na criação de mecanismos procedimentais, todavia, aqueles que se filiam a tal corrente, deverão enfrentar as seguintes questões: primeiramente, será que o Diploma Político brasileiro criou um legislativo absoluto, ou ele deve se submeter aos cânones constitucionais, inclusive aos portadores do *status* de cláusula pétrea? Se ele deve se submeter às normas constitucionais, expressão democrática da vontade e da cultura de uma nação, qual

---

<sup>159</sup> ALEXY, op. cit. p. 90, nota 51.

<sup>160</sup> MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 46-47

<sup>161</sup> ALEXY, op. cit. p. 71, nota 51.



seria a eficácia dessa pretensa submissão, num país em que nenhum poder estatal, além do próprio legislativo, pudesse controlá-la? Se não houvesse tal submissão, qual então seria o papel da norma insculpida no §1º do artigo 5º da CRFB<sup>162</sup>, que determina a aplicação imediata das disposições de direitos fundamentais?

Parece muito claro, que as respostas a tais perguntas conduzirão sem dificuldade a hipótese aqui advogada, qual seja: de existência de um poder (dever) diretivo do juiz, de constante aprimoramento da técnica processual em busca da concretização dos valores humanísticos eleitos pela nação brasileira e que conformam o modelo constitucional de processo pátrio.

Retirar do Judiciário o dever de efetivação das normas constitucionais seria criar um simulacro de Estado Democrático Constitucional, bem como desconfiar da capacidade dos sujeitos investidos de jurisdição neste país e do processo como um instrumento dialógico (*dibattimentale* na concepção europeia de processo *equo e giusto*<sup>163</sup>), que prima pela participação individual (sempre que faticamente possível) de todos os afetados, devidamente representados por profissionais com formação jurídica, e que ainda permite a submissão da decisão proferida a um longo caminho recursal, impondo a sua re-análise perante uma instância hierarquicamente superior, dividida em órgãos compostos sempre por mais de um magistrado, tendo, por isto, chances tão boas quanto às do processo legislativo de alcançar interpretações dos termos vagos e das cláusulas gerais dos direitos fundamentais de maneira razoável e aceitável.<sup>164</sup>

Seria, também, condenar a sociedade à submissão a leis procedimentais anacrônicas, que não acompanham a evolução social e tecnológica, ou ainda, condenar o legislativo à revisão incansável de dispositivos legais ultrapassados, que já não atendem, no contexto atual e na maior medida do possível, ao direito de um acesso efetivo à ordem jurídica justa.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31.

<sup>163</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 50, nota 49.

<sup>164</sup> PERELMAN, op. cit. p. 223, nota 6.

<sup>165</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: DINAMARCO, Candido Rangel et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135, p. 128.

Tratando do conflito sempre presente no ofício jurisdicional, entre aqueles que compreendem a atividade de interpretação das normas como atividade desprovida de uma lógica própria a ser seguida por diferentes magistrados<sup>166</sup> e aqueles que acreditam na racionalidade de tal processo e na razoabilidade de suas conclusões, Perelman ensina que:

Mas se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambigüidade. Estas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos. Uma língua, elaborada para um único fim, é freqüentemente inapta para outro: a língua dos cálculos não é a língua dos poetas ou dos diplomatas, nem a dos juristas. Resulta daí que, em vez de considerar a língua natural uma forma de aproximação imperfeita de uma língua formal, aquele que argumenta toma como ponto de partida de seu raciocínio teses formuladas na língua do auditório ao qual se dirige, e que normalmente é uma língua comum. Não verá na língua formal senão uma adaptação e uma regularização de uma parte da linguagem natural, adequada aos fins perseguidos pelos lógicos e matemáticos, e pelos estudiosos que utilizam em suas pesquisas modelos matemáticos.<sup>167</sup>

Percebe-se assim, que o fato de se aderir ao poder diretivo do juiz não significa concordar com um procedimento caótico e surpreendente, causador de uma indesejada insegurança jurídica, mas denota sim, uma preocupação com a efetivação das normas constitucionais, que tem o papel de demarcar os limites do poder criativo do juiz e do legislativo.<sup>168</sup>

Não há que se atribuir uma insegurança jurídica ao poder diretivo do juiz, decorrente de hipotéticas surpresas que ocorreriam no curso do procedimento, por tal poder não significar o desprezo às normas constitucionais que conformam e fundamentam o processo jurisdicional, tal como o direito ao contraditório, em sua acepção mais moderna de contribuição na formação da decisão jurisdicional.<sup>169</sup>

Ademais, segurança jurídica não denota apenas previsibilidade dos efeitos de cada ato, mas também razoabilidade, haja vista que não se pode considerar seguro um

<sup>166</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 345.

<sup>167</sup> PERELMAN, op. cit. p. 155-156, nota 6.

<sup>168</sup> HESSE, op. cit. p. 69, nota 79.

<sup>169</sup> PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, n. 3, p. 673-681, luglio-settembre, 1988, p. 679-700.

ordenamento jurídico que, apesar de previsível, autorize, por exemplo, a escravidão de estrangeiros.

Contraditado o primeiro hipotético obstáculo que poderia ser levantado contra a conotação assumida modernamente pelo termo poder diretivo do juiz, resta ainda o enfrentamento da posição, que vê no devido processo legal uma cláusula impositiva de rigidez excessiva no manuseio da técnica processual, denotando uma suposta necessidade de previsão exaustiva dos atos processuais, questão esta, muito constante também nos debates acadêmicos sobre a correta compreensão do termo “justo processo regulado pela lei”.<sup>170</sup>

O devido processo legal, cláusula constitucional que deita raízes no direito anglo-saxão<sup>171</sup> e está insculpida como um direito fundamental dos indivíduos na nossa Constituição Federal, teve sua origem marcada pela necessidade de limitação do poder concentrado na mão de um único soberano, quando então se reconheceu o direito dos indivíduos serem processados conforme a lei de sua terra (*law of the land*).<sup>172</sup>

Entretanto, tal preocupação não significava que o processo deveria tramitar em estrita conformidade com um código de regras exaustivo, mesmo porque, na matriz jurídica do *Common Law*, como em qualquer outra, não se tem notícias de um Código de Processo Civil contemporâneo a consagração do princípio em tela, que data do século XIII.

Dessa maneira, desde o início o devido processo legal denotava primordialmente o dever de obediência aos direitos de defesa dos processados.

Não obstante, com a evolução da sociedade e do direito, marcada pelas mudanças políticas e constitucionais operadas tanto no Reino Unido como nos Estados Unidos, a cláusula devido processo legal integrou-se por completo com o modelo jurídico retórico e ético inerente a tradição do *Common Law*, ganhando matizes diferentes,

---

<sup>170</sup> TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LVII (Seconda Serie), nº 2, p. 329-350, aprile-giugno 2002, p. 339.

<sup>171</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 47, nota 49.

<sup>172</sup> Ibid., p. 48.

que atribuíram ao termo o papel de uma cláusula de razoabilidade, em busca de justiça procedimental e material.<sup>173</sup>

No próprio contexto jurídico brasileiro, o devido processo legal vem sendo discernido numa acepção substantiva, como o fio condutor da proporcionalidade e razoabilidade, que devem nortear a conduta do Estado em todas as suas vertentes, até mesmo na legislativa, conforme virtuoso entendimento do STF.<sup>174</sup>

Por esse rumo, parece inegável que a retrospectiva em questão permite-nos concluir, que o espírito do devido processo legal tinha por escopo, desde os primórdios, somente garantir a aplicação de algumas garantias processuais pré-constituídas e não a literalidade da regra, já que nenhum procedimento era exaustivamente previsto, assim como hoje ainda não é.

Lastreados nessa percepção, constatamos que o devido processo legal não pode ser entendido como uma mera cláusula de conteúdo rígido e preciso, mas sim como um núcleo de garantias mínimas necessárias à justiça procedimental<sup>175</sup>, que podem ser aperfeiçoados proporcionalmente ao desenvolvimento das civilizações<sup>176</sup>, e servir para reflexão concernente a razoabilidade das normas em geral, como no caso de devido processo legal substantivo.

Não bastassem esses argumentos concernentes a história e ao real significado do termo em foco, cabe salientar ainda, que o devido processo legal jamais poderia justificar a sobreposição da regra processual sobre os direitos constitucionais, já que, para a efetivação do devido processo legal deve-se obedecer, em primeiro plano, por razões até dogmáticas, decorrentes da hierarquia das normas, os direitos constitucionais, que disciplinam genericamente a condução do processo.

---

<sup>173</sup> Ibid., p. 48.

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 173/DF**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 25/09/2008, órgão julgador: Tribunal Pleno, requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI, requerido: Congresso Nacional, publicação: DJ 20-03-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 de out. 2009.

<sup>175</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 49, nota 49.

<sup>176</sup> BOVE, op. cit. p. 493, nota 132.

Dessa maneira, com base nesse argumento, o devido processo legal não poderá ser suscitado, para se impedir o aprimoramento da técnica processual, fundado em uma norma constitucional aberta, pois, insista-se, não há razões para se emprestar um sentido de legalidade exaustiva a esse termo (mas tão somente de núcleo mínimo de garantias), nem para se entender que as normas constitucionais não estejam no âmbito da legalidade apregoada pela referida cláusula, ou que as regras processuais se sobrepõem aos mandamentos constitucionais.<sup>177</sup>

Tal afirmação insista-se, decorre até de um raciocínio *a fortiori*, pois, se o processo justo exige obediência à lei pré-constituída, com muito mais razão exigirá a observância das normas constitucionais, que são hierarquicamente superiores, vinculando inclusive a validade das leis infra-constitucionais.

Percebe-se assim, que o estrito cumprimento da cláusula do devido processo legal exige a obediência aos preceitos constitucionais relativos ao processo, razão pela qual o mais exato seria que se falasse, hodiernamente, num devido processo constitucional, onde valores como contraditório, efetividade e juiz natural deverão ser preservados, como bem ensina Bedaque, ao afirmar que:

Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento as peculiaridade do caso concreto atendem à idéia de processo justo, tal como regulado pela constituição.<sup>178</sup>

Apesar de o mencionado autor falar apenas da possibilidade de adaptações do procedimento em concreto, ou seja, conforme as particularidades do caso em espécie que esteja sendo julgado, ao contrário da proposta mais contundente contida no presente, de dever de adaptação ou criação de mecanismos mais condizentes não só com as características do caso, mas de toda a sociedade moderna (ou pós-moderna) e das novas relações por ela formuladas (circunstância imanente a aplicação de normas abertas), em busca de um genuíno e constante aperfeiçoamento do acesso à justiça, os ensinamentos por ele explicitados dão sustentáculo a afirmativa feita neste tópico, concernente ao atual conteúdo do devido processo legal, introduzindo uma nova forma de pensar, que constitui

---

<sup>177</sup> TUCCI, op. cit. p. 107, nota 47.

<sup>178</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 63, nota 48.

percurso indispensável para que se consinta também com o que vem sendo apregoadado em relação ao poder diretivo.

Nesse sentido, se registra que tanto a cláusula do devido processo legal como a idéia de processo justo, um arquétipo continental da referida garantia anglo-saxônica, possuem um significado substancial, muito além da simples garantia formal vulgarmente percebida e que olvida a preocupação com valores, mesmo porque, a Constituição Federal brasileira está repleta de dispositivos que têm essa carga valorativa, visando propiciar não só uma justiça concernente ao direito material, mas que também abranja o procedimento, dando-lhe uma conotação ética, preocupada com bens como a participação e a efetividade, ou seja, com o ser humano envolvido em um processo.

Hodiernamente, portanto, o devido processo legal sofre maior influxo de um neo-jusnaturalismo<sup>179</sup>, que concebe como parte de uma justiça natural<sup>180</sup>, inerente a qualquer sistema que tem o ser humano como bem maior (um fim último e não um meio para a consecução de outros objetivos), os direitos à participação, à publicidade dos atos, à motivação dos mesmos, à eficácia do instrumento e a um julgamento imparcial e oriundo de um órgão pré-constituído<sup>181</sup>, o que torna a expressão processo *equo* e *giusto* também muito adequada para designar esse novo modelo de processo.<sup>182</sup>

As atrocidades praticadas por estados-nações durante a segunda guerra<sup>183</sup> desbancaram o positivismo exacerbado (por certo período dominante<sup>184</sup>) e demonstraram o quanto nociva pode ser uma interpretação restritiva do devido processo legal, que se limite a vinculá-lo à lei, ignorando um senso de justiça natural, devida a todo e qualquer ser humano que demande o Judiciário, último

---

<sup>179</sup> Ibid., p. 51

<sup>180</sup> Ibid., p. 58.

<sup>181</sup> Ibid., n. 48-49.

<sup>182</sup> Ibid., p. 54.

<sup>183</sup> COMPARATO, op. cit. p. 223, nota 1.

<sup>184</sup> PERELMAN, op. cit. p. 95, nota 6.

garantidor da liberdade e igualdade humana, ainda que indiretamente, quando apenas reconhece um direito de crédito ou de posse.

Em verdade, na prática, inúmeros são os atos praticados pelo magistrado, sobre os quais não pende qualquer disposição legal explícita (por exemplo, muitos magistrados determinam que as partes requeiram as provas que pretendam produzir, na audiência preliminar ou por mero despacho, expediente que inexistente no CPC, ou admitem a sustentação oral em recursos de agravo por instrumento, isto sem falar das cautelares satisfativas que reinaram por algum tempo, do préquestionamento e demais requisitos específicos à admissibilidade de embargos de divergência ou de ação rescisória não previstos expressamente na lei), sendo isto compreensível face à própria limitação humana em prever todas as situações fáticas que devem ser abrangidas pela lei.

Ainda que fosse possível tal poder de abrangência, seria de uma desnecessidade e impertinência gritante, algo totalmente contraproducente, não se podendo admitir, portanto, o farisaísmo de muitos, que, apesar de adotarem as técnicas acima, não aprovam o poder judicial de aprimoramento da técnica processual baseado na interpretação de cláusulas gerais e termos vagos, contidos não só em nosso Diploma Político, como também no próprio Estatuto Processual, inclusive como uma nova tendência legislativa (v.g. §5º do art. 461 do CPC).<sup>185</sup>

Outro fator importante, que contribui para uma compreensão mais flexível do devido processo legal, é a rápida evolução da complexidade social e tecnológica, que modifica em um ritmo cada vez mais célere o modelo das relações sociais, dos meios de comunicação e outros bens, sendo completamente descabido se exigir que o legislativo acompanhe esse ritmo, ou que a tutela jurisdicional seja negada em virtude dessa característica.

Ensinando sobre a necessidade de flexibilização da técnica no ofício jurisdicional conforme as peculiaridades do caso, a fim de que o efetivo acesso a justiça seja realizado, mas sem a violação das garantias processuais inerentes a própria idéia de justiça, Bedaque afirma que:

---

<sup>185</sup> BRASIL, op. cit. p. 659, nota 93.

Em primeiro lugar, é preciso abandonar a idéia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fato de garantia do resultado e de segurança para as partes, não pode ser objeto de culto.<sup>186</sup>

Deve-se esclarecer novamente, que apesar das falas acima terem por escopo justificar uma adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, o mesmo argumento utilizado e o mesmo fim ambicionado por elas, qual seja: da impossibilidade da forma obstaculizar o acesso pleno à justiça, é utilizável e ambicionado pela proposta do presente estudo, concernente ao dever de aprimoramento constante da técnica processual, com a criação pelo juiz, de instrumentos aptos a tanto, já que, em ambos os casos, há uma preocupação com o formalismo e o legalismo exacerbado, que prejudicam o alcance dos objetivos mirados e prometidos pelo Estado de Direito.

Não há, com base em tais fundamentos, como se refutar a possibilidade e a necessidade de o juiz exercer um poder diretivo que obedeça à lei, mas que não fique completamente preso a ela, devendo, com isto, mediante decisões bem fundamentadas, conduzir o processo com o aperfeiçoamento da técnica processual, sempre orientado pelos valores constitucionais eleitos como indispensáveis a uma justiça procedimental ou ao devido processo legal, compreendido aí o valor efetividade, conforme se extrai das seguintes palavras de Tucci:

O processo, como é curial, presta-se à concreção do *direito a jurisdição*, sendo que seu desenrolar, com estrita observância dos regramentos ínsitos ao denominado *due process of law*, importa a possibilidade de inarredável tutela do direito subjetivo material objeto de reconhecimento, satisfação ou assecuração, em Juízo.<sup>187</sup> (grifos do autor)

Parece, com isto, não restar dúvidas quanto à ausência de obstáculos (mas não de limites) ao poder diretivo do juiz, que pudessem ter sido impostos pelo devido processo legal ou justo processo, pois, conforme fora visto, o alcance de uma justiça procedimental, extrínseca ao resultado do direito material, mas que liga o procedimento a uma base axiológica humanística, que tem o valor efetividade como um importante componente, depende, necessariamente, da realização de valores de

<sup>186</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 108, nota 48.

<sup>187</sup> TUCCI, op. cit. p. 106, nota 47.



justiça, muitas vezes não previstos na lei infraconstitucional, e que jamais poderiam estar condicionados à previsão legal mais pormenorizada, sob pena de serem camufladamente esvaziados.<sup>188</sup>

### 3.9 A EXISTÊNCIA DE UMA RAZÃO GUIA PARA O EXERCÍCIO E CONTROLE DO PODER DIRETIVO DO JUIZ

Conforme trabalhado nos tópicos acima, o poder diretivo do juiz, no significado ora proposto, qual seja: de dever constante de aprimoramento da técnica processual, visando atender às necessidades do caso concreto, bem como das novas situações jurídicas que surgem com o natural progresso da sociedade, encontrará seus primeiros limites nos princípios constitucionais que traduzem um novo modelo político de Estado e Direito.

Assim sendo, a busca pela máxima efetivação do direito fundamental de acesso à justiça será balizado pelas normas constitucionais, que compreendidas em seu conjunto<sup>189</sup>, de maneira sistemática, indicam os fins mirados pelo constituinte e pela sociedade representada.

Volta-se, então, a uma concisa análise desse direito, baseada na dignidade humana, no objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional, no direito de petição, na cláusula do devido processo legal (inteligido, insista-se, numa acepção substancial e não meramente formalista), no direito ao contraditório e a ampla defesa, a uma duração razoável do processo, a um julgamento público e fundamentado, e a um juiz natural, todas normas abertas e imediatamente aplicáveis, que não excluem a existência de outras decorrentes e coesas com os termos vagos acima transcritos<sup>190</sup>, e que permitem a visualização de um desejo claro por justiça, compreendida também numa dimensão ética, densa e intrínseca.

---

<sup>188</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 61, nota 49.

<sup>189</sup> BARCELLOS, op. cit. p. 178-180, nota 41.

<sup>190</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31.

Com efeito, como se trata de normas de difícil aplicação, sempre que a medida prática adotada por um magistrado, no afã de realizar a máxima efetivação do acesso à justiça, não respeitar a todas essas balizas cravadas pelo constituinte, um exercício de ponderação, seguido por um exame de proporcionalidade deverá ser realizado, o que será objeto de análise no tópico abaixo.

Não obstante, o que deve se destacar é que a argumentação judicial não poderá fugir ou ignorar os parâmetros acima mencionados, sob pena de aumentar as chances de prolação de uma decisão inconstitucional e, portanto, ilegítima.<sup>191</sup>

### 3.10 O PAPEL DA FUNDAMENTAÇÃO NA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES FUNDADAS NO PODER DIRETIVO DO JUIZ

Não obstante tenham-se apresentado fundadas razões à superação de concepções rígidas sobre segurança jurídica, devido processo legal e justo processo, que supostamente obstaculizariam a adesão à tese em exame, pertinente ao dever estatal (legislativo e judicial) de constante aperfeiçoamento da técnica processual com base no direito fundamental de acesso à justiça, não se mostra ainda bem resolvida à questão relativa ao controle de tal poder, faltando uma menção e um exame da forma como ele será operacionalizado em se tratando de casos concretos.

A consciência sobre a existência de um organismo normativo coerente, que impõe um rumo a ser seguido pelos julgadores, é um passo decisivo e indispensável para que não se perca segurança quando da aplicação de normas abertas, portadoras de termos vagos ou cláusulas gerais, na maioria dos casos com estrutura principiológica<sup>192</sup>, mas tais disposições de nada valem se não existir uma exigência para que elas sejam consideradas nas decisões judiciais.

Tal exigência existe inclusive em âmbito constitucional, explicitamente na norma que impõe aos órgãos do judiciário o dever de fundamentação dos seus provimentos<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 194-195, nota 113.

<sup>192</sup> ALEXY, op. cit. p. 86-91, nota 51

<sup>193</sup> BRASIL, op. cit. p. 54, nota 31.

e, implicitamente, nas normas que impõem o respeito à dignidade humana, à inafastabilidade do Poder Jurisdicional e ao devido processo legal<sup>194</sup>, uma vez que não há qualquer compatibilidade entre um julgado estatal imotivado, obscuro ou infundado, e a racionalidade humana que lhe dignifica, o óbice à vedação legal ao acesso à justiça e à idéia de um processo justo.

Em tal contexto, a fundamentação judicial surge como instrumento democrático, sem o qual de nada valeria a existência de uma ordem positiva ou mesmo uma construção aberta dos direitos, existindo, entretanto, dentro do universo constituído pelos diversos níveis de normas, diversos níveis de fundamentação, que estruturalmente variarão, conforme a arquitetura das normas que sejam objeto de exegese, variando no mesmo sentido o grau de criação realizada pelo juiz.<sup>195</sup>

Dessa forma, parece natural que os refratários às idéias articuladas no presente estudo assim permaneçam, sob o argumento de que a mera existência de um arcabouço axiológico no ordenamento não resolveria o problema da insegurança na aplicação prática de normas abertas e do conseqüente risco de manipulação egoísta destas, o que seria evitado apenas por um debate e deliberação prévias no âmbito legislativo, que, inspirado por tais normas desceria às minúcias e especificaria sua incidência em hipóteses fáticas mais bem demarcadas.

Tal argumento, apesar de ser detentor de uma preocupação muito relevante, não propõe a melhor alternativa quando exacerba sua desconfiança na aplicação judicial dos princípios, porque minimiza o papel do Judiciário de protetor dos direitos e das minorias, transformando-o num simples aplicador de regras incapaz de proteger direitos previstos apenas em sede principiológica (a famosa “boca da lei”).<sup>196</sup>

Outrossim, esse posicionamento incha o legislativo e distorce a sua importância diante das demais funções políticas, alimentando uma cultura legalista que confunde direitos com regras e condiciona o respeito àqueles à existência destas, atribuindo à lei um perfil de absoluto, incompatível com as suas limitações, com a complexidade do Direito moderno e com os valores éticos e jurídicos positivados normalmente por

---

<sup>194</sup> Ibid., p. 9-13.

<sup>195</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 25, nota 14.

<sup>196</sup> PICARDI, op. cit. p. 12, nota 139

meio de normas abertas, tais como os Direitos Humanos, negando-lhes eficácia plena e imediata, de maneira totalmente inconstitucional.<sup>197</sup>

Aliás, tal desproporção cria também um notório desequilíbrio entre as funções políticas do Estado, por se ter um forte Legislativo e um parco Judiciário, situação propícia para a ditadura das maiorias e de interesses anti-éticos, conforme se extrai da inolvidável lição de Shapiro, citado por Cappelletti:

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a Corte pode melhor servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (‘adversary’) entre duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.<sup>198</sup> (grifos do autor)

Por esse rumo, mostram-se pertinentes os seguintes questionamentos: quais mecanismos poderiam propiciar ao juiz e aos jurisdicionados uma melhor qualidade na aplicação dessas normas processuais abertas e na construção da técnica processual, reduzindo os riscos de julgamentos propositadamente ou ingenuamente arbitrários e avessos aos valores democráticos e humanísticos imanentes ao Estado Democrático de Direito?

Será que a melhor solução para o problema de maior objetividade na aplicação de normas abertas deverá mesmo ser resolvido pelo legislativo, ou será que o processo, como instância dialeticamente democrática, teria aptidão para enfrentar tal problema?

Como se viu em tópicos anteriores, a confiança exagerada atribuída ao legislativo, principalmente pelos teóricos positivistas do século XIX e início do século XX, não foi suficiente para a solução da aporia do Direito<sup>199</sup>, apesar da inegável importância do

---

<sup>197</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31

<sup>198</sup> SHAPIRO, M. **Freedom of Speech**: The Supreme Court and ... Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966, p. 24, apud CAPPELLETTI, op. cit. p. 99, nota 14.

<sup>199</sup> PERELMAN, op. cit. p. 94-95, nota 6.

legislador na consolidação do alicerce axiológico vigente, com a respectiva contribuição no oferecimento de um norte a ser seguido.

Outrossim, foi acima mencionado o caráter opressivo contra a minoria ou contra determinados interesses éticos que a legislação pode possuir, em virtude da própria natureza dos procedimentos legislativos, que soem se revelar mais preocupados com questões eleitoreiras e de politicagem, relacionadas à fortes interesses econômicos, do que com questões éticas e humanísticas.

Além desses defeitos, não é demasiado salientar ainda, outros vícios que o procedimento legislativo possui e que o inabilitam como salvação da lavoura, enumerados na seguinte seqüência: I – ausência de fundamentação racional nas decisões legislativa; II – ausência de imparcialidade dos membros do legislativo, que normalmente defendem interesses próprios, de suas regiões, estado, categoria profissional ou grupo econômico; III – e ausência de participação dos afetados nos debates legislativos.<sup>200</sup>

Destarte, mostra-se o processo judicial, encarado como método argumentativo de resolução dos conflitos com justiça<sup>201</sup>, uma alternativa inelutável para o aperfeiçoamento do dever estatal de proteção dos direitos, ainda que haja uma natural inexatidão nas ferramentas colocadas ao seu dispor, já que ele prima, como mencionado, pela exortação dos envolvidos visando uma participação cooperativa<sup>202</sup> e, por conseqüência, a construção da melhor decisão possível, como no magistério de Brasil Júnior:

Assim, compreendemos o processo como 'método estatal de argumentação visando ao resultado justo na solução das controvérsias'. Ao destacar que o método é 'argumentativo' (lógico ou retórico), e não necessariamente 'dialético', aponta-se a característica fundamental do processo, que o distingue dos demais métodos jurídicos. Invocando-se o 'resultado justo', permite-se compreender o processo através de seu escopo, não apenas de composição do conflito de interesses, mas de resolução da controvérsia com o resultado mais justo possível, com maior grau de utilidade.<sup>203</sup> (grifos do autor)

<sup>200</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 100-106, nota 14

<sup>201</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, Direito e Processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

<sup>202</sup> PICARDI, op. cit. p. 142, nota 139.

<sup>203</sup> BRASIL JÚNIOR, op. cit. p. 46-47, nota 202.

Dessa maneira, sendo a decisão judicial o resultado de argumentos encetados pelas partes, que, envolvidas no conflito trazem ao processo as suas razões, a fim de que um magistrado imparcial decida fundamentadamente sobre a questão, baseando-se preponderantemente no ordenamento jurídico e, secundariamente, na jurisprudência e na razão prática, decisão sobre a qual incidirá outros níveis de debate em sede recursal, não parece razoável pensar que ela seria antidemocrática ou qualitativamente pior que as decisões legislativas, mesmo quando trabalhe com normas abertas.

Parece razoável, que com base no caso concreto e no debate encabeçado pelas partes, a atribuição dos significados contidos nas normas abertas pelo juiz, tradutor dos seus valores vigentes, terá grandes chances de se legitimar, o que dependerá em larga medida de uma íntegra fundamentação, que efetivamente se justifique em face de um contexto jurídico e de razoabilidade.

Nos casos em que normas abertas são aplicadas, deverá haver um maior esforço argumentativo por parte do juiz, decorrente do maior grau de criatividade daí advindo<sup>204</sup>, para o estabelecimento das premissas basilares da decisão e das conseqüências jurídicas oriundas de tal aplicação, o que, além de inevitável – ante a complexidade das relações e a dinamicidade de sua evolução, não reduz a qualidade de uma decisão, desde que a mesma esteja devidamente justificada.

Ao contrário do que possa parecer, o uso de normas abertas, desde que bem feito, evita a aplicação mecânica ou distorcida de leis minuciosamente enunciadas, que com o passar de algumas décadas se tornam inevitavelmente anacrônicas e nunca conseguem abranger todas as situações da vida.<sup>205</sup>

Não há dúvida de que termos como: “razoável duração”<sup>206</sup> e “medidas necessárias” para a efetivação do provimento<sup>207</sup> concedem ao magistrado um grande campo de navegação, sobre o qual ele terá de transitar nos limites da argumentação jurídica e prática, o que, entretanto, não significa que sua decisão seja pior que a do

---

<sup>204</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 25, nota 14.

<sup>205</sup> Ibid., p. 85.

<sup>206</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 31.

<sup>207</sup> BRASIL, op. cit. p. 659, nota 93.

legislador, que, ao invés de se limitar ao papel de identificação dos valores mencionados, se volta para a criação de regras como: “o processo razoável terá de ser sentenciado em x anos”, ou, “o juiz poderá adotar apenas as seguintes medidas para realizar suas decisões.”

Aliás, tal conclusão mostra-se irrefutável, se considerados os argumentos acima, concernentes à distância do legislador com as nuances que normalmente permeiam os casos concretos, a proximidade do juiz com os argumentos das partes e o conhecimento dos fatos em espécie, a sua imparcialidade, sem falar, insista-se, no seu dever de fundamentação e da própria impossibilidade humana de se prever abstratamente todas as hipotéticas situações de aplicabilidade da norma, ou todas as conseqüências que dela deverão advir para a pacificação social.<sup>208</sup>

Para tanto, caberá ao juiz não só considerar toda a argumentação desenvolvida pelas partes, no que tange à compreensão e à aplicação de tais normas e fatos, como também, em muitos casos, realizar raciocínios tradicionalmente reconhecidos como necessários em tal atividade, quais sejam: a ponderação, que auxiliará principalmente na determinação da norma aplicável<sup>209</sup>, e a proporcionalidade, que auxiliará principalmente na operacionalização prática de tal aplicação, a fim de que não impere “as restrições legais ‘desproporcionalmente gravosas e não razoáveis’”<sup>210</sup>, ou seja, que um bem não seja desproporcionalmente sacrificado em favor de outro que prepondere ou seja mais adequado ao caso concreto.

Com similar preocupação, ensina Alexy que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma

<sup>208</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 85, nota 14.

<sup>209</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

<sup>210</sup> HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ...** Madri: Dykinson, 2003, p. 69. Do original: “las restricciones legales ‘desproporcionalmente gravosas y non razonables.’”

decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.<sup>211</sup> (grifos do autor)

Destarte, se o juiz observar todo esse percurso pertinente à fundamentação judicial quando necessário, a qualidade de sua decisão terá chances de ser até maior do que uma decisão legislativa, uma vez que tais raciocínios de ponderação e proporcionalidade jamais são ignorados nos debates legislativos, sendo certo, que no caso do processo, as peculiaridades fáticas de cada caso podem ser enfrentadas com maior acuidade e os afetados pela decisão judicial participam diretamente do debate, e não através de representantes distantes<sup>212</sup>, o que qualifica e legitima a decisão judicial.

Rumando ao alcance de tal objetivo, caberá ao magistrado, inicialmente, se preocupar com a justificação argumentativa de sua decisão, ou seja, ele deverá apresentar um discurso racional, ou melhor, razoável – já que a razoabilidade se identifica mais com o campo do provável e não das verdades<sup>213</sup> (que são impossíveis no campo das discussões sobre os problemas humanos), que considere os argumentos apresentados pelas partes, refutando àqueles que se apresentarem frágeis e aderindo aos que argumentativamente se sustentarem, ou seja, que sejam mais persuasivos e mais confluentes com os valores humanísticos constantes no Diploma Político pátrio.<sup>214</sup>

Dessa forma, ainda que para a parte a justificação apresentada pelo juiz não seja a melhor, ela terá ao menos de ser aceitável, seja por refutar expressamente os seus argumentos, seja por apresentar sustentabilidade axiológica e normativa condizente com as premissas constitucionais, jurisprudenciais<sup>215</sup> e de razoabilidade prática.<sup>216</sup>

Com isto, sempre que possível a justificação deverá se respaldar em precedentes judiciais que já tenham apresentado solução para casos similares, o que constitui ponto importante a ser abordado.

---

<sup>211</sup> ALEXY, op. cit. p. 117, nota 51.

<sup>212</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 100, nota 14.

<sup>213</sup> BRASIL JÚNIOR, op. cit. p. 52, nota 202.

<sup>214</sup> BRASIL, op. cit. p. 9, nota 31.

<sup>215</sup> ALEXY, op. cit. p. 29-33, nota 100.

<sup>216</sup> BRASIL JÚNIOR, op. cit. p. 82-84, nota 202.



Na nova perspectiva jurídica emergente no século XX, onde se revigora um neo-jusnaturalismo com o conseqüente aparecimento de termos vagos e cláusulas gerais nos enunciados normativos de um modo geral, não somente a norma constitui baliza para o desenvolvimento do raciocínio judicial, mas também a jurisprudência realiza este papel, razão pela qual se conclui que a jurisprudência conforma, juntamente com as normas, o sistema aberto do direito, impondo diretrizes que auxiliam na objetivação das justificações apresentadas.<sup>217</sup>

Nesse sentido, Perelman ensina que:

Nunca será demais ressaltar a importância atribuída em todos esses debates à tradição reconhecida, tal como se manifesta pelos processos, instituições e jurisprudência. Neste sentido, a aplicação das noções a que as partes recorreram para descrever essa solução como conforme à letra e ao espírito da lei, como justa, equitativa ou razoável, não pode expressar um opinião puramente subjetiva. Ela manifestará um aspecto intersubjetivo justificado por sua conformidade com o funcionamento do aparelho judiciário.<sup>218</sup>

Aliás, não só a jurisprudência cumpre esse papel, como também a exigência de uma razoabilidade prática, geral e argumentativa assim o faz, traçando núcleos mínimos, com teses universalizáveis e cristalizando concepções sobre determinados institutos<sup>219</sup>, que são observadas cotidianamente não só pelos magistrados, como também pelos próprios legisladores.

Naturalmente, seria pertinente uma oposição à explanação ora realizada, consistente no fato de existirem jurisprudências divergentes e uma riquíssima pluralidade social, o que, contudo, não infirma o fato de haver tendências que são construídas pelos canais de comunicação existentes, mas apenas salienta a existência de casos difíceis que, ainda assim, serão melhores resolvidos se examinados um por um, de modo participativo e argumentativo, e não genérica e abstratamente.

Não custa salientar, aliás, que a argumentação é inelutável no Direito, não havendo processo sem argumentação<sup>220</sup>, o que pode conduzir à conclusão de que a defesa

---

<sup>217</sup> PICARDI, op. cit. p. 155, nota 139.

<sup>218</sup> PERELMAN, op. cit. p. 220-221, nota 6.

<sup>219</sup> ALEXY, op. cit. p. 257-258, nota 100.

<sup>220</sup> BRASIL JÚNIOR, op. cit. p. 45-46, nota 202.

de uma fundamentação argumentativa seria redundante para a resolução do problema.

Contra tal posicionamento pode-se registrar, porém, que o fato da argumentação estar milenarmente presente no direito, sendo inerente a ele, não torna a sua ênfase redundante para o problema da aporia do direito, muito pelo contrário, pois, se ela é inevitável, porque então não se tentar aperfeiçoá-la, primeiro tornando-se cômicos da sua inerência, depois, atribuindo-lhe limites e finalidades explícitas, concernentes, respectivamente, aos seus parâmetros (normas, jurisprudência e argumentos práticos gerais), e à persuasão ou aceitabilidade que ela deverá proporcionar no campo do razoável, ou seja, do provável, e não das verdades objetivas e empíricas encampadas pelos demais ramos da ciência, como bem ensina Perelman, afirmando que:

Os argumentos não são, como um raciocínio demonstrativo, corretos ou incorretos; são fortes ou fracos, relevantes ou irrelevantes. A força ou a fraqueza dos argumentos é julgada de acordo com a regra de justiça, que exige que se trate da mesma maneira situações essencialmente semelhantes.<sup>221</sup>

Visitada a importância da argumentação na elaboração da fundamentação deve-se descer ainda mais a certos meandros do problema, que concernem principalmente à necessidade de ponderação e uso da proporcionalidade, na aplicação de princípios que colidam entre si ou com regras, diante de certas condicionantes fáticas, para a resolução mais justa do caso em concreto.

Causas existem, em que para o julgamento de determinada questão não cabe discutir sobre a aplicabilidade de uma regra ou outra, seja por inexistir dúvida sobre a regra específica que a discipline, seja pelo fato da questão estar regulada apenas por princípios, sempre detentores de conceitos vagos ou cláusulas gerais, que não são aplicados no modelo rígido e quase definitivo das regras.<sup>222</sup>

A antinomia entre regras é dogmaticamente resolvida por meio de um raciocínio formal, que se funda na hierarquia das normas, na sua especialidade, ou no critério cronológico, permitindo, com isto, se concluir pela validade ou não daquela.<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> PERELMAN, Chaïm. **ÉTICA E DIREITO**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

<sup>222</sup> ALEXY, op. cit. p. 104-106, nota 51.

<sup>223</sup> Ibid., p. 92-93.

Contudo, a colisão principiológica num caso em concreto não se resolve por meio dessa formula dogmática, mas sim mediante uma argumentação jurídica e prática geral<sup>224</sup>, de atribuição de pesos a bens jurídicos distintos, para um posterior sopesamento diante das características do caso concreto, a fim de que um ceda diante do outro, sem que, no entanto, seja tido como inválido o princípio não aplicado.<sup>225</sup>

Dessa maneira, grande parte da aplicação de normas abertas, que ocorre principalmente na seara principiológica, necessitará do exercício da ponderação, por envolver uma confrontação entres valores (celeridade e segurança, como exemplo característico do processo), que não pode ser resolvida de maneira arbitrária, nem de maneira a excluir a aplicabilidade de um dos princípios em definitivo.

Nesse sentido, Häberle é esclarecedor, quando ensina que:

O principio através do qual se tem que determinar o conteúdo e limites dos direitos fundamentais, e através do qual se solucionam os conflitos que surgen entre os bens jurídico-constitucionais que coexistem uns com os outros, e o principio da ponderação de bens. Sua importância jurídico-constitucional é evidente, se se tem presente que a ordem de valores e uma ordem hierárquica de valores e uma ordem de relação de valores. Por isto, se pode caracterizar este principio como imanente à Constituição.<sup>226</sup> (tradução nossa)

Casos existem, é certo, em que a aplicação de uma norma aberta será feita sem o uso de tal método, por não haver princípio a colidir com a sua aplicação, cabendo então apenas uma argumentação razoável no sentido de persuadir as partes, com base na interpretação da própria norma, conjuntamente com todo o esteio axiológico do sistema.

Um exemplo claro de tal hipótese é a defesa do uso da instrumentalidade das formas. Nesses casos, lacônica e retrogradamente regulados pelo CPC<sup>227</sup>, não se faz uma opção pela celeridade em detrimento da segurança, justamente porque a

<sup>224</sup> ALEXY, op. cit. p. 257-258, nota 100.

<sup>225</sup> ALEXY, op. cit. p. 93, nota 51.

<sup>226</sup> HÄBERLE, op. cit. p. 33, nota 211. Do original: El principio a través del cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, y a través del cual se solucionan los conflictos que surgen entre los bienes jurídico-constitucionales que coexisten unos juntos a otros, es el principio de la ponderación de bienes. Su dignificación jurídico-constitucional es evidente, si se tiene presente que el orden de valores es un orden jerárquico de valores y un orden de relación de valores. Por ello, se puede caracterizar este principio como uno inmanente a la Constitución.

<sup>227</sup> BRASIL, op. cit. p. 636-637, nota 93.

instrumentalidade só poderá ser observada nos casos em que não ensejar perda de segurança, ou seja, nos casos em que não se puder presumir ou demonstrar a ocorrência de prejuízo.<sup>228</sup>

Não obstante, há casos em que a necessidade de uma ponderação é evidente, como, por exemplo, quando se utiliza a prova ilícita no processo. Em situações tais, muitas vezes emerge um conflito entre o direito à privacidade e o direito à integridade física ou psíquica de um menor e, nestas situações, a ausência de um dispositivo legal que disponha exaustivamente sobre os casos em que a prova ilícita possa ser admitida não há que gerar qualquer óbice a sua utilização, como bem ensina Bedaque:

Verifica-se, pois, que a realidade muitas vezes não apresenta valores conflitantes, impondo-nos a opção por um deles e o sacrifício de outro. Essa situação se repete a cada momento e acaba passando despercebida. No mundo jurídico, o fenômeno não é diverso. É freqüente a existência de conflito entre dois princípios, cada qual ligado a determinado valor passível de proteção pelo legislador. Cabe ao intérprete compará-los e escolher um deles, em detrimento de outro. A solução deve levar em conta a necessidade de proteção do valor mais relevante, segundo critérios ditados pelo interesse social. Trata-se do denominado princípio da proporcionalidade.<sup>229</sup>

Percebe-se então, que em alguns momentos o juiz fará uso do seu poder diretivo, justificando-se apenas com base argumentativa que se remeta a disposições convergentes, de caráter normativo, jurisprudencial ou prático geral, havendo, entretanto, outros momentos em que o uso do poder diretivo demandará também a realização de um exercício de ponderação e, por conseqüência, da observância do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade anda junto à ponderação, aparecendo sempre que o uso desta se mostre necessário.

Segundo Alexy, por exemplo, o recurso à ponderação será inevitável na etapa final do procedimento de aplicação da máxima da proporcionalidade, denominada de proporcionalidade em sentido estrito, que seria precedida pela verificação da

---

<sup>228</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 499, nota 48.

<sup>229</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143-144.

adequação e da necessidade de todas as medidas possíveis de realizarem um objetivo pré-determinado.<sup>230</sup>

Em que pese à relevância desse raciocínio, deve-se alertar que não será produtora especular sobre as medidas possíveis, nem sobre a adequação e a necessidade delas, antes da eleição do objetivo a ser seguido, ou seja, antes da realização de um procedimento organizador da ponderação, por meio do qual se definam quais normas estão colidindo, quais fatos são relevantes para justificar a identificação do princípio precedente e qual seria este.<sup>231</sup>

Aliás, tal percepção decorre até de razões lógicas, pois como se poderia investigar a maior adequação de uma determinada medida em face da outra, ou a menor necessidade daquela em face desta, que representaria menor sacrifício ao valor colidente, se antes não se tiver realizado o respectivo procedimento de ponderação, visando estabelecer quais princípios colidem e as circunstâncias nas quais colidem – que condicionarão meu discurso, e o objetivo preponderante?

Não por outra razão, o mesmo Alexy ratifica essa idéia, quando em seus exemplos trabalha com um objetivo já determinado pelo estado e com as medidas tendentes a lhe satisfazer com o menor sacrifício do princípio precedido<sup>232</sup>, não sendo incorreta a afirmação de que a ponderação seguiria à análise da adequação e necessidade das medidas, desde que se admita a necessidade de uma ponderação pretérita, com o escopo de identificação do objetivo a ser perseguido.

Dessa maneira, se entende que caberá ao juiz, diante de uma situação que exija dele a realização de uma identificação de precedência entre valores colidentes, determinar em primeiro lugar quais valores colidem entre si, para num segundo momento expor os fatos que influenciam a decisão, estabelecendo num terceiro momento o objetivo de maior peso e, finalmente, quais medidas poderão ser adotadas, dependendo a sua adoção da sua aptidão para alcançar o respectivo objetivo, sacrificando em menor medida o princípio confrontado – máxima da

---

<sup>230</sup> ALEXY, op. cit. p. 120, nota 51.

<sup>231</sup> BACELLOS, op. cit. p. 91-92, nota 210.

<sup>232</sup> ALEXY, op. cit. p. 119-120, nota 51.

proporcionalidade, o que demanda uma nova ponderação, desta vez na seara das medidas práticas.

Na realização do juízo ponderativo acima insculpido, não haverá razão que justifique a fuga desse procedimento doutrinariamente difundido, de determinação de todas as normas colidentes, com a posterior determinação de todos os fatos relevantes e, num terceiro momento, com a decisão, indicando argumentativamente o princípio precedente diante daqueles fatos condicionantes<sup>233</sup>, dentro de uma lógica jurídica, ou seja, do razoável e não do verdadeiro<sup>234</sup>, que se apóie não só na norma, mas também em precedentes judiciais e em argumentos práticos gerais.

Conforme se percebe, será ao final de tal procedimento que o magistrado deverá delimitar os atos hipoteticamente aptos a realização do princípio preponderante no caso concreto e, finalmente, ver a possibilidade de sacrifício em menor medida do princípio sobrepujado, analisando a necessidade de adoção de uma medida ou de outra igualmente eficaz, que não seja tão desproporcional, razão pela qual se pode falar em dois níveis de ponderação, um normativo e um prático, de realização, quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Destarte, a proporcionalidade em sentido estrito é uma ponderação no plano das medidas práticas possíveis, que se dá posteriormente a uma ponderação normativa.

É bem verdade que em muitos casos concretos, o exercício da ponderação normativa advém de uma dúvida suscitada pela aplicabilidade ou não de uma ou algumas medidas práticas, o que pode gerar certa confusão na organização do raciocínio ponderativo, com um salto direto para o exame da proporcionalidade das medidas, em detrimento da ponderação de valores.

Nesse sentido, casos existem, em que a partir do requerimento ou da visualização da adequação prática de uma medida para a consecução de um determinado objetivo, se visualiza também a existência de uma colisão entre objetivos, quando então se necessitará de uma prévia ponderação entre eles, ou seja, não se deverá realizar um exame da proporcionalidade anterior a ponderação de valores.

---

<sup>233</sup> Ibid., p. 96.

<sup>234</sup> PERELMAN, op. cit. p. 186, nota 222.

Como exemplo dessa situação pode-se citar o caso de admissão de prova ilícita, que constitui medida prática de realização do valor preponderante, ou seja, deverá seguir uma prévia ponderação entre os valores intimidade e proteção do menor, por exemplo, para que depois se avalie a proporcionalidade da medida, sob pena de supressão de uma fase da justificação e, com isto, de se perder legitimidade.

Por outro lado, deve-se registrar também, que em algumas situações, a ponderação de valores pelo juiz poderá ser dispensada, quando tal ato já tiver sido realizado pelo legislador.

Como exemplo se pode citar o caso da imposição de multa pelo descumprimento de obrigação de pagar quantia certa estipulada em tutela antecipada, o que se faz a título ilustrativo, sem qualquer pretensão de propor uma resposta ao problema.

Nesse caso não caberá uma ponderação entre os valores segurança e eficácia, por exemplo, uma vez que esta já fora feita pelo legislativo quando da concepção da tutela antecipada, restando apenas o exame da proporcionalidade da medida, em cotejo com outras igualmente aptas a satisfação do valor precedente, momento no qual também se realizará a ponderação, mas, desta vez, no âmbito das medidas práticas, ou seja, da proporcionalidade.

Percebe-se então, que a realização das duas dimensões ponderativas existentes pelo magistrado às vezes se mostrará desnecessária, pois, insista-se, quando a ponderação normativa já tiver sido realizada pelo legislador, se fará necessária apenas a ponderação entre as medidas práticas pelo juiz, que se traduzirá no exame da proporcionalidade, o que, contudo, não infirma a tese de que a ponderação normativa deverá sempre preceder a entre medidas práticas.

Nesse contexto, o que se quer registrar é que se mostra indispensável à correta diferenciação entre a proporcionalidade, que se examina no âmbito das medidas práticas (mas envolverá também uma ponderação, após o exame da adequação e necessidade), e a colisão puramente de princípios, que ocorrerá previamente na seara axiológico-normativa, para que não fique desordenado o raciocínio ponderativo nem haja supressão de justificação quando a ponderação não tiver sido realizada previamente pelo legislador, o que aconteceria se, no caso da prova ilícita,

antes de discutir-se sobre a precedência do valor proteção do menor, o julgador passasse direto à discussão da proporcionalidade da medida.

Com efeito, numa situação dessas, depois de identificado o conflito principiológico – o que se fará com base nos fatos e, algumas vezes, nas medidas práticas disponíveis para a resolução do problema, deverá o magistrado dar um segundo passo, concernente à determinação dos fatos relevantes para o exercício da ponderação, e não se colocar a questionar precipitadamente sobre a necessidade do ato, ou a existência de atos menos gravosos, uma vez que tal percepção, igualmente à concernente à adequação do ato, somente será alcançada após uma aguda noção das condicionantes fáticas em espécie e à determinação do princípio precedente.

Nesse ponto, deve-se ressaltar a importância dos fatos para a resolução dos problemas relativos à ponderação, ainda que ela se dê numa seara abstrata, como a legislativa, onde seria necessária uma ilação com fatos hipotéticos.<sup>235</sup>

Essa dependência das circunstâncias fáticas que envolvem cada caso é típica da aplicação de princípios, que não tendo uma hipótese de fato bem delimitada em seu enunciado normativo, de conteúdo axiológico explícito<sup>236</sup>, aplica-se genericamente a diversas situações podendo, com isto, gerar colisões, ou seja, a abrangência da estrutura enunciativa e a alta transparência axiológica dos princípios propiciam a ocorrência do problema ora focado, que, por conseguinte, deverá ser resolvido com base nas circunstâncias fáticas do caso concreto ou de casos hipotéticos, se o debate se der na seara legislativa.

Toda regra é geralmente composta por um modal deôntico dos tipos: deve, pode e não pode<sup>237</sup>, e por uma hipótese fática bem delimitada, que permitirá a sua aplicação quando tais fatos forem identificados nos casos concretos, ou seja, quando o caso concreto se subsumir a *fattispecie*.

---

<sup>235</sup> BARCELLOS, op. cit. p. 147, nota 210.

<sup>236</sup> ALEXY, op. cit. p. 87-90, nota 51.

<sup>237</sup> Ibid., p. 204-205.



Dessa maneira, a aplicação de regras não gera muitos problemas, pois, verificados aqueles fatos, aplica-se a regra específica, a não ser que ela seja inválida.

No caso dos princípios, como não há essa determinação fática em seu enunciado, pois eles expõem apenas valores (objetivos) a ser alcançados em graus ou escalas diferentes conforme as possibilidades jurídicas e fáticas<sup>238</sup>, torna-se inevitável que para um mesmo fato apareçam diversos princípios aplicáveis, razão pela qual se recorre à ponderação e, por consectário, às peculiaridades do caso concreto, que permitirão a construção de um discurso mais razoável que outros, seguindo-se os parâmetros impostos pelo sistema normativo, pela jurisprudência e pela argumentação prática geral, com o anseio por universalidade que lhe é inerente.

Assim sendo, a imposição de multa visando ao cumprimento de obrigação de pagar quantia certa estipulada em tutela antecipada teria de ser precedida pela ponderação entre os valores segurança e eficácia, se isto ainda não tivesse sido feito pelo legislador, quando da concepção legal de tal técnica de urgência e estabelecimento dos seus requisitos.

Ainda assim, deverá ser realizado um exame de proporcionalidade para que a medida coercitiva acima referida possa ser justificada num caso que envolva, por exemplo: um modesto trabalhador que sofra um acidente incapacitante em uma grande empresa, ou possa ser refutada, diante de uma circunstância diferente, que envolva, por exemplo: um modesto trabalhador que cause certos danos físicos, mas não incapacitantes, ao atropelar uma pessoa com a sua moto.

Dessa maneira, no segundo caso a imposição da multa pode ser até ineficaz, por não servir de estímulo ao pagamento, caso o culpado não tenha condição financeira de assim proceder, sendo às vezes também desnecessária, frente à não ocorrência de lesões tão graves; já no primeiro, apesar da multa se mostrar eficaz, seu percentual não poderá ser excessivo, pois senão poderia representar um sacrifício desproporcional do valor segurança, cabendo ainda se questionar sobre a existência de medidas igualmente eficazes e menos sacrificantes.

Outro exemplo ilustrativo concerne às hipóteses de admissão de provas ilícitas. Em tais situações, como não houve uma ponderação prévia feita pelo legislador a fim de

---

<sup>238</sup> Ibid., p. 90-91.

regulamentar as hipóteses de admissão de tal técnica, caberá ao juiz examinar as circunstâncias fáticas condicionantes, para dizer se o valor intimidade prepondera ou cede diante do valor proteção do menor, por exemplo, antes de dizer se há proporcionalidade na admissão de prova ilícita.

Após isto, caberá se questionar sobre a eficácia de tal providência, bem como sobre a necessidade dela, ou seja, sobre a possibilidade de se proteger o valor precedente mediante práticas menos invasivas.

Do exemplo exposto extrai-se não só a importância de uma acurada análise dos fatos – que permitirão a identificação dos valores colidentes, e das peculiaridades que diferenciam um caso do outro, como também do procedimento de ponderação, em que primeiro se considera as normas colidentes, depois os fatos relevantes e, daí, se parte para a resolução do caso, determinando-se a norma de maior peso e utilizando-se da máxima de proporcionalidade, fundada na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de medidas práticas.

Esse ponto, em verdade, constitui uma argumentação onde se efetuará nova ponderação, agora entre medidas práticas e observando-se os referidos fatores, de adequação e necessidade, juntamente com os fatos em espécie e visando evitar que uma medida adequada, mas desnecessária, ou necessária, mas inadequada, seja adotada.

Visto isso, pode-se concluir que a fundamentação constitui importantíssimo fator de controle do poder diretivo do juiz, primordialmente quando da utilização de normas abertas, desde que obedecido o seu dever de não só fundamentar formalmente mas sim justificar-se argumentativamente, inclusive com recurso à ponderação, que para ser realizada de maneira íntegra jamais dispensará a máxima da proporcionalidade, sendo certo ainda que tais institutos jurídicos fornecem uma presunção de maior qualidade às decisões judiciais, mas não resolvem o problema do dissenso em relação a elas, que na verdade constitui uma meta sobre-humana.

### 3.11 OUTROS MECANISMOS PARA O CONTROLE E LEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Analisada a importância de uma fundamentação justificadora da decisão judicial, cumpre-se ter consciência de que ela faz parte de um contexto de direitos, que, sendo igualmente importantes e interligados, mas não tão complexos, deverão ser efetivados no curso de um processo jurisdicional consentâneo com o modelo constitucional.

Dessa forma, não se pode esquecer o papel da ampla defesa, do contraditório – visto hoje como um instrumento de cooperação e não somente de resistência<sup>239</sup>, da publicidade dos atos, inextricavelmente ligada ao direito à uma fundamentação justificadora, da imparcialidade e da recorribilidade da decisão, para que se realize um segundo exame da questão, preferencialmente por um órgão colegiado e hierarquicamente superior.

Para alguns, o duplo grau de jurisdição não constitui direito fundamental, o que se mostra equivocado para a presente percepção constitucional do fenômeno processual, uma vez que a simples possibilidade de se recorrer permite a obtenção de julgados presumivelmente mais refletidos, democráticos e, por isto, mais coesos com o anseio por justiça inerente as cláusulas constitucionais pátrias<sup>240</sup>, todavia, não se pretende explorar os meandros de tal problema no presente estudo, principalmente pelo corte temático realizado.

Sem ambicionar maior extensão no debate sobre a incidência em concreto dos direitos acima, que, insista-se, mostram-se menos problemáticos a despeito da igual importância que possuem, passa-se no tópico abaixo à demonstração da relação existente entre a instrumentalidade processual e o direito fundamental de acesso à justiça.

---

<sup>239</sup> PICARDI, op. cit. p. 680, nota 169.

<sup>240</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 65-66.

### 3.12 FUNDAMENTOS DA NOVA VISÃO DO PODER DIRETIVO DO JUIZ E O DUPLO ASPECTO DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Conforme se extrai dos ensinamentos de Dinamarco, a instrumentalidade do processo se dicotomiza em dois aspectos: o negativo e o positivo.

O negativo trabalha com a idéia do processo como instrumento de proteção eficaz e segura de direitos, não devendo, por isto, se tornar mais importante que o direito por ele tutelável, cabendo ao intérprete adotar uma postura minimamente formalista<sup>241</sup>, ou seja, formalista somente no que diz respeito aos preceitos constitucionais sobre o processo, indispensáveis para que o seu resultado seja seguro e eficaz.<sup>242</sup>

O positivo, mira na mudança de mentalidade e comportamento dos operadores do direito, indispensável à que nosso método tradicional de resolução de conflitos seja repensado e passe por modificações, que considere as novas necessidades das novas sociedades, sociedades de massa e altamente complexas, onde um único ato praticado por uma única pessoa influencia a vida de milhares de indivíduos.

Nesse panorama, o processo se torna instrumento indispensável à preservação da dignidade da pessoa humana, o que acarreta num acesso multiplicado, com a conseqüente inflação irrefreável de demandas, razão pela qual, todo o arquétipo individualista e cientificista do processo, desenvolvido com exacerbação nos séculos XIX e XX, deverá ser revisto.<sup>243</sup>

Face esse contexto, passa-se a explicar, primeiramente, a influência do aspecto negativo da instrumentalidade do processo, para o poder diretivo do juiz na realização da técnica processual, que redundará em verdade, na efetivação do próprio direito de acesso à justiça e conseqüentemente, do direito ao devido processo constitucional.

---

<sup>241</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 381, nota 113.

<sup>242</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 99, nota 48.

<sup>243</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 386-390, nota 113.

Pois bem, nesse sentido, cumpre esclarecer que essa concepção negativa da instrumentalidade do processo se traduz no princípio da instrumentalidade das formas, que tem como escopo o aproveitamento dos atos processuais praticados em desconformidade com a lei, desde que tenham sido alcançados os escopos atribuídos ao ato e sem que tenha ocorrido qualquer prejuízo para a parte a quem a formalidade teoricamente beneficiaria.<sup>244</sup>

Tal princípio, que se encontra em total consonância com o princípio da economia processual e, atualmente, com o direito fundamental à razoável duração do processo<sup>245</sup>, mostra como, mesmo sem toda a argumentação acima investida sobre o devido processo constitucional, processo justo e o direito fundamental de acesso à justiça, o poder diretivo do juiz pode ser justificado à luz inclusive do ordenamento infra-constitucional, que dá grande substrato à instrumentalidade das formas quando estipula a sua liberdade limitada, no artigo 154, e quando fala do aproveitamento de alguns atos nulos, nos artigos 243 a 250 do CPC.<sup>246</sup>

Destarte, se com base na instrumentalidade das formas, atos judiciais praticados em dissonância com a lei podem ser aproveitados, desde que preenchida a finalidade e não houver prejuízo (que se traduziria na violação de alguma garantia constitucional), *a fortiori*, ou seja, com muito mais razão, o que se propõe neste estudo, que é o poder do juiz dirigir o processo com vistas às cláusulas gerais e aos termos vagos contidos nos preceitos constitucionais, em detrimento das omissões ou inadequações legais, também deverá ser aceito, já que, neste caso, assim como no caso da instrumentalidade, haverá a observância de preceitos maiores (algo similar a idéia de sobredireito<sup>247</sup>) contidos na Constituição, que ao revelarem a cultura humanística da organização social e estatal brasileira dão sentido ao instrumento.

A principal diferença existente entre o uso da instrumentalidade das formas para justificar o aproveitamento de um ato processual e o seu uso para permitir a criação

---

<sup>244</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 67, nota 48.

<sup>245</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 88, nota 49.

<sup>246</sup> BRASIL, op. cit. p. 628 e 636-637, nota 93.

<sup>247</sup> LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, jul. 1993, p. 11.

de técnica processual indispensável ao aprimoramento constante da eficácia ou segurança do processo consiste no fato de que, no primeiro caso o ato já foi praticado e o que se quer é evitar a sua repetição desnecessária, que atrasaria o processo e prejudicaria sua eficácia inutilmente, enquanto no segundo caso, o que se quer é que um ato desconforme à estrita legalidade (não previsto em regras) seja praticado, também para que a finalidade do processo de proteção eficaz e segura não reste esvaziada.

Em ambos os casos, se realiza um discernimento teleológico de todo o arcabouço axiológico constitucional.

Nesse contexto, percebe-se que a diferença entre uma hipótese e outra é justamente o momento em que a instrumentalidade será utilizada, o que se refletirá numa pequena modificação de sua finalidade primária (aproveitamento x criação), todavia, a finalidade última de tal aplicação será sempre a efetividade dos resultados obtidos com o processo.

Conclui-se assim, que a instrumentalidade processual em seu senso negativo, traduzido pela instrumentalidade das formas, contribui fundamentalmente para a admissibilidade do poder diretivo do juiz nos moldes ora propostos, já que tem a mesma finalidade última que ele, além de trabalhar com a idéia de desformalização do processo<sup>248</sup>, limitada pelo conteúdo ético e justo de sua estrutura, conforme previsto na constituição como reflexo da cultura pátria.

Para findar, deve-se dissertar agora sobre a contribuição fornecida ao poder diretivo do juiz, pela instrumentalidade processual no seu aspecto positivo, que articula justamente a idéia de uma nova mentalidade a respeito do processo e dos seus fins.<sup>249</sup>

A instrumentalidade do processo no seu sentido positivo prega uma nova postura do juiz e demais operadores, no enfrentamento de certos problemas como: acesso à justiça, modo de ser do processo, justiça e utilidade das decisões, que deverão ser

---

<sup>248</sup> WATANABE, op. cit. p. 133, nota 165.

<sup>249</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 386, nota 113

resolvidos fora do âmbito estritamente legalista, bem como da visão liberal individualista que marcou o século XVIII em diante<sup>250</sup>.

Nesse sentido, Dinamarco ensina que:

Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (“toda decepção é muito triste”), nem permita que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, não se espera que o processualista e o juiz e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida mudança de mentalidade. É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigentes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor;<sup>251</sup>

Não obstante, parece muito claro e natural, que a teoria da instrumentalidade não chega a abordar o poder diretivo do juiz com o mesmo teor aqui falado, mas não há como negar também, que pelo contexto em que ela foi largamente introduzida no Brasil, as suas idéias podem ser caracterizadas como um incipiente influxo das idéias aqui articuladas, talvez um pouco mais voltado ao paradigma do Estado Social e alheio à teoria pós-positivista dos direitos fundamentais, mola propulsora do afirmado dever constante de aprimoramento da técnica processual, mediante a sua reinvenção com base na aplicação plena e imediata de cláusulas gerais e termos vagos.

Contudo, negar que a instrumentalidade teve um papel metodologicamente revolucionário, simbolizado, por exemplo, pela defesa dos poderes instrutórios do juiz, do processo coletivo e do princípio da adaptabilidade, seria não entender a mensagem maior que subjaz ao texto de todos que escreveram sobre ela, que é a da preponderância do acesso efetivo à ordem jurídica justa sobre a forma que permeia o instrumento posto a tal fim, como se vê no trecho a seguir transcrito, oriundo da obra de Dinamarco:

Como todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade da norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma essa postura

---

<sup>250</sup> Ibid., p 400.

<sup>251</sup> Ibid., p. 387.

perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça.<sup>252</sup>

Conclui-se assim, que a perspectiva positiva da instrumentalidade deve em muito contribuir, mediante a mudança de mentalidade tão preconizada em seu bojo, para a aceitação do poder diretivo do juiz como meio para se alcançar o fim maior de acesso pleno aos direitos, na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, como meio de constante otimização do grau de satisfação do direito fundamental de acesso à justiça.

### 3.13 O DEVER JUDICIAL DE APRIMORAMENTO DA TÉCNICA E OS PRINCÍPIOS DA ADPTABILIDADE E DA OPEROSIDADE

Para se iniciar a exposição do presente tópico, mostra-se inelutável uma breve manifestação sobre o significado dos princípios da adaptabilidade e da operosidade.

Nesse contexto, a doutrina é uníssona em afirmar que a adaptabilidade concerne à capacidade que o procedimento deve ter de se amoldar as necessidades de cada caso em concreto<sup>253</sup>, em virtude da riqueza de idiosincrasias que cada litígio pode apresentar, a fim de que o acesso à justiça não fique obstaculizado.<sup>254</sup>

Por esse rumo, Calamandrei ensina que:

Não se trata, então, de liberdade das formas, e também não de poder discrecional (sic) do juiz para determinar as formas caso a caso. É a lei a que, em geral, determina antecipadamente as formas a seguir; mas muito freqüentemente, no lugar de fixar uma só forma possível, indica alternativamente mais do que uma, de maneira que um mesmo ato ou uma mesma fase do procedimento podem ser validamente realizados de vários modos, à eleição dos interessados. Trata-se, então, de uma combinação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas; o juiz e as partes devem seguir, em geral, as formas estabelecidas pela lei, mas podem escolher, em cada caso, entre os vários tipos de formas que a lei deixa à sua disposição.<sup>255</sup>

---

<sup>252</sup> Ibid., p. 421-422.

<sup>253</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 416, nota 113.

<sup>254</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 62-63, nota 48.

<sup>255</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 301, nota 138.



No que tange à operosidade, esta é compreendida como o dever do juiz, das partes e seus advogados (apesar do presente estudo estar focado nos deveres do juiz), de sempre adotarem as medidas práticas tendentes à melhor solução do conflito, ou seja, que outorguem maior qualidade e eficácia ao provimento jurisdicional, tornando o processo mais efetivo, conforme dicção de Pinheiro Carneiro, ao asserir que “Quanto mais e melhor for a produtividade, possivelmente mais justo será o resultado, pois os instrumentos e os meios se destinam a esta finalidade”.<sup>256</sup>

Dessa maneira, verifica-se o mesmo pano de fundo por trás de tais princípios e do dever judicial de constante aprimoramento da técnica processual, qual seja: o anseio por um efetivo acesso à justiça, o que gera uma ligação entre eles; entretanto, não se pode dizer que eles são idênticos ou se confundem, pois da compreensão da adaptabilidade e da operosidade não se exclui, ao menos expressa e tradicionalmente, a visão das regras processuais como marcos necessários que limitem e legitime a atuação jurisdicional nos casos concretos, apesar da doutrina mais moderna, de maneira acertada, tratar a adaptabilidade como um genuíno abrandamento da legalidade.<sup>257</sup>

Prova-se esse legalismo incrustado na mente dos operadores do direito, com menção as inúmeras previsões legais, que surgem para autorizar a adaptabilidade, prevendo de maneira explícita técnicas como a fungibilidade possessória ou das tutelas de urgência, de positivação totalmente dispensável se a fundamentalidade do acesso à justiça condicionasse o pensamento jurídico efetivamente predominante.

Parece um nítido contra-senso criar-se uma regra para dizer que outra regra pode ser inobservada, o que, em verdade, expõe toda a fragilidade de um sistema procedimental altamente fechado e o apego ao legalismo dos operadores do direito, como se isto fosse capaz de eliminar a insegurança inerente a qualquer atividade hermenêutica.

É dentro desse contexto que vem se falando continuamente da adaptabilidade e da operosidade, ou seja, o seu manejo se dá numa cultura estritamente legalista, tão

---

<sup>256</sup> PINHEIRO CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça – juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, p. 71.

<sup>257</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 416, nota 113.

combatida por ora, inspiradora de uma cultura jurídica que distorce o objetivo da lei (que não é o de engessar a proteção dos indivíduos) e desperdiça o benefício de uma compreensão aberta e democrática do direito, alimentando, como num ciclo vicioso, anacrônicas resistências ao uso da instrumentalidade e da fungibilidade quando não haja regra autorizadora expressa.<sup>258</sup>

Dessa maneira, percebe-se primeiramente, que o dever de constante aprimoramento da técnica processual, apesar de ter bases e objetivos parecidos com os da adaptabilidade e operosidade, não se identifica integralmente com eles, por partir de premissas epistemológicas mais consentâneas com o contexto pós-positivista dos Direitos Fundamentais, o que envolve outro modo de se entender o Direito, que não se resume à lei nem depende apenas de regras para ser criado nos casos concretos.

A adaptabilidade se dá dentro do quadro de regras existentes, enquanto o dever de aprimoramento da técnica se dá no âmbito do modelo constitucional de processo.

De toda a forma, mesmo que se admita superada essa perspectiva legalista da adaptabilidade, por uma que em verdade se contraponha ao legalismo, isto ainda não significaria uma total identidade entre os objetos ora estudados, já que, ainda assim, a adaptabilidade não significaria um dever para o juiz adotar formas não previstas em lei, que possam potencializar a qualidade, a celeridade e a eficácia dos seus provimentos.

Poder adaptar o procedimento para não se obstaculizar a efetividade processual em determinados casos concretos tem menos amplidão que poder praticar atos tendentes à maximização qualitativa e de eficácia do processo, pois numa situação se desformaliza (informalidade)<sup>259</sup> o processo para o alcance do mesmo resultado que ordinariamente se obteria caso inexistisse qualquer peculiaridade específica, enquanto na segunda se flexibiliza o processo para se obter um resultado melhor do que ordinariamente se obteria, baseado no modelo aberto dos princípios e nas transformações sociais.

---

<sup>258</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 118-121, nota 48.

<sup>259</sup> WATANABE, op. cit. p. 133, nota 165.

A adaptabilidade se dá em face dos contornos do caso concreto, enquanto o aprimoramento leva em conta também novas situações conjunturais, de evolução social, política, econômica e tecnológica, para cristalizar a melhor técnica a ser sempre observada, o que é típico de um sistema flexível, em consequência da estrutura principiológica das normas existentes, adequadas ao dinamismo moderno.

A adaptação se dá com o fim de normalização, enquanto que o aprimoramento tem o fim de qualificação.

Conclui-se assim, que apesar de similares os objetivos, o contido no dever de aprimoramento constante da técnica processual vai além, impondo escopos mais pretensiosos, externando uma maior inquietude do aplicador do direito, não se satisfazendo, insista-se, com a mera possibilidade de adaptação, mas visando a um verdadeiro aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, aptidão que até se extrai da operosidade, mas novamente sem a devida latitude, pela limitação do juiz às regras processuais, subjacente à convencional e distorcida compreensão positivista do Direito.

A operosidade transmite a idéia de dever de utilização da melhor técnica, mas isto dentro do quadro de regras existente, ao menos se situado o seu conceito dentro do contexto ora criticado, que predominou durante o Estado Moderno, enquanto o dever de constante aprimoramento implica no uso e aperfeiçoamento da técnica, ainda que não haja regra legal específica, levando-se em conta os novos contornos normativos, sociais e do conhecimento humano, com a sua extensão para todos os casos semelhantes, situação imanente à abertura das normas antes identificada.

Não se pode desprezar, todavia, o elo que une tais objetos e demonstra a coerência ética existente no Direito, que vem sendo enfatizada na atual conjuntura dos Direitos Humanos e Fundamentais.

## 4 AS TÉCNICAS PROCESSUAIS DE OTIMIZAÇÃO DA ATIVIDADE E DO JUÍZO PROBATÓRIOS NESSE NOVO PARADIGMA JURÍDICO

### 2.1 A TÉCNICA PROCESSUAL E A INSTRUMENTALIDADE HUMANÍSTICA NO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

Genericamente, pode-se afirmar que a técnica denota a “predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”<sup>260</sup>, não havendo razão que impeça de se concluir que a técnica processual compartilha do mesmo conceito, entretanto, com determinados resultados almejados, já que a Jurisdição e, por isto, o Processo, possuem ambições próprias e específicas a serem satisfeitas.<sup>261</sup>

Nesse cenário, nota-se que a noção de técnica está intrinsecamente ligada à existência de objetivos que a orientem, sendo certo que, se inexistentes, mostrar-se-á insubsistente também qualquer razão que pretenda justificar a idealização de uma técnica, pois “é cega toda técnica construída sem a visão clara dos propósitos a serem atuados”.<sup>262</sup>

Destarte, pode-se fazer um corte epistemológico que distinga a técnica processual em tempos pretéritos ao século XIX, haja vista, que se antes de tal época sequer tinha-se a consciência sobre uma ciência processual e seu complexo de objetivos particulares, *a fortiori*, não haveria como se ter consciência sobre uma técnica relacionada a eles.<sup>263</sup>

Vigorava nesse período, o denominado sincretismo ou imanentismo, que misturava em um só plano o direito material com o processual<sup>264</sup> e impedia uma compreensão aprofundada deste fenômeno, a ponto de obstaculizar, por via de consequência, a

---

<sup>260</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 317, nota 113.

<sup>261</sup> Ibid., p. 319.

<sup>262</sup> Ibid., p. 318.

<sup>263</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 219, nota 17.

<sup>264</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 13-14, nota 113.

identificação dos seus variados fins, para o aprimoramento de seus meios; a ação era vista como mero consectário da violação do direito material e não como um direito autônomo.<sup>265</sup>

Vista dessa forma, a ação servia apenas para a tutela dos direitos efetivamente violados, sendo ignorado, assim, o seu papel de mecanismo de vazão para as insatisfações intersubjetivas emergentes no convívio social (independentemente da existência do direito material), bem como a necessidade de tal artifício obedecer a valores e sistemas próprios, dando origem a uma relação e um procedimento mais densos e independentes.

Em tal momento não se discernia que o procedimento instaurado a partir da ação era muito importante, ainda que inexistisse direito a ser tutelado, por ele ser um reflexo da cultura que permeia a respectiva sociedade e ter singular influência na qualidade do resultado final, com inúmeros reflexos sobre a esfera jurídica dos indivíduos e da coletividade, devendo corresponder, por isto, aos anseios e valores por ela estabelecidos, ignorância esta, que acarretava o completo menosprezo ao estudo de meios que possibilitassem o alcance de tal fim.<sup>266</sup>

A técnica existia, uma vez que havia os meios e fins procedimentais a ela imanentes, mas o seu manuseio era inconsciente e limitado à necessidade de proteção do direito material, se violado, sem abranger a noção de sua importância para a consagração de um Estado mais justo e democrático.

A partir da tomada de consciência sobre a existência de um direito de ação exercido contra o Estado, e da concepção de uma relação autônoma em decorrência de tal exercício, que reclamava um disciplinamento próprio por ter pressupostos e objetos próprios, não apenas limitados à proteção do direito, se violado, passa-se então à fase autonomista do processo<sup>267</sup>, detentora de uma noção técnica mais acentuada.

Ainda assim, em tal período, compartilhava-se de uma visão privatista do processo, ou seja, fundada na existência de uma relação processual autônoma, mas também

---

<sup>265</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 219, nota 17.

<sup>266</sup> Ibid., p. 219.

<sup>267</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 19, nota 48.

no fato de tal relação ter por escopo somente a resolução do problema das partes, o que, por isto, sujeitava-a aos desígnios delas, assim como acontecia com as demais relações jurídicas<sup>268</sup>, orientação que era fornecida pelo princípio dispositivo.<sup>269</sup>

Nesse panorama, a técnica passa a ter maior importância, apesar de limitar o seu foco, basicamente, sobre a formação e o desenvolvimento válido da relação processual, o que caracterizou uma introspecção hermética do processo<sup>270</sup>, que se orientava por tal cunho privatista, ou seja, pelo interesse das partes, além do próprio anseio autonomista.

Lastreada sobre tais motes é que a técnica ganhou musculatura e solidez, o que traz reflexos ainda hoje, mesmo com a percepção dos contornos publicista e instrumental do processo e seus escopos.<sup>271</sup>

Com a transfiguração suportada pela ciência processual continuamente em todo o século XX – muito por influência da nova concepção de Estado, não houve como a técnica processual passar imune, motivo pelo qual ela teve de se compatibilizar com uma concepção instrumental do processo, que paulatinamente evoluiu e se substancializou, conformando-a com contornos mais altruísticos<sup>272</sup>, de atuação do direito objetivo, de garantia das liberdades, de manutenção da ordem política, de promoção da participação democrática nos processos de decisão, de educação da sociedade e de pacificação social, que vai além da simples composição do litígio em espécie.<sup>273</sup>

Apesar de no início a instrumentalidade coadunar-se harmoniosamente com os preceitos do positivismo, pois, insista-se, a idéia do processo como instrumento, por si só, não pressupõe uma visão humanística do fenômeno, a partir do fracasso positivista ela adquiriu uma homogeneidade axiológica, se desenvolvendo por novos rumos, auxiliada pela nova concepção de processo justo e pelos seus novos

---

<sup>268</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 219, nota 17

<sup>269</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 92, nota 230.

<sup>270</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 19, nota 48.

<sup>271</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 219-220, nota 17.

<sup>272</sup> Ibid., p. 220.

<sup>273</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 447, nota 113.

escopos, que carregaram de conteúdo este instrumento, substancialmente ético e focado em uma justiça procedimental.<sup>274</sup>

Corroborando essa fala, Comoglio ensina que:

Uma vez que, portanto, entre estes invioláveis direitos se coloca, com grande relevo, também o próprio direito a um processo justo e ao inderrogável respeito de suas garantias mínimas (ou seja, em outras palavras, o direito a uma justiça procedimental em sentido amplo), a ética que o anima é, de fato, o conjunto de valores fundamentais de civilidade e de democracia, dos quais se originam, segundo a premissa jusnaturalística do moderno Estado de Direito, o reconhecimento e a inderrogável proteção dos direitos invioláveis do homem.<sup>275</sup> (tradução nossa)

Assim sendo, não há como se recusar, hodiernamente, com o aparecimento de convenções mundiais e continentais sobre direitos humanos, que estabelecem globalmente as diretrizes a serem observadas pelos Estados em busca de efetividade e proteção da liberdade, a existência de uma técnica recheada com preceitos éticos<sup>276</sup>, que colocam a dignidade humana no foco das atenções e, assim, alia-se a novos objetivos a serem alcançados<sup>277</sup>, diferentes do simples cumprimento das regras postas (objetivos como o de proteção das liberdades e de participação social nas decisões estatais ilustram bem essa atual perspectiva valorativa).<sup>278</sup>

Tomando como ponto de partida essa explanação, que aborda o processo dialético do qual fez parte a teoria do processo, já se pode perceber que a técnica processual e a instrumentalidade não estão alheias ao pós-positivismo hodiernamente vivenciado.

Não obstante tal diagnóstico, ainda assim a técnica processual continua a ser entendida por muitos como o conjunto de regras que disciplinam o processo jurisdicional, sendo a instrumentalidade inteligida como um instrumento a serviço

<sup>274</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 220, nota 17.

<sup>275</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 7, nota 49. Do original: Poiché, dunque, tra questi *inviolabili diritti* si colloca, con grande rilievo, anche lo stesso *diritto ad un processo <<giusto>>* ed all'inderrogabile rispetto delle sue garanzie <<minime>> (ossia, in altre parole, il diritto ad una *giustizia procedurale* in senso lato), l'*ética* che lo anima è, appunto, l'insieme di quei *valori* fondamentali di civiltà e di democrazia, dai quali traggono origine, secondo le premesse giusnaturalistiche del moderno Stato di diritto, il riconoscimento e la inderrogabile protezione dei *diritti inviolabili dell'uomo*. (grifo do original)

<sup>276</sup> Ibid., p. 48-49, nota 49.

<sup>277</sup> TUCCI, op. cit. p. 106-107, nota 47.

<sup>278</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 220, nota 17.

principalmente das regras positivadas, o que constitui um dos pontos de tensão do presente trabalho, já que a consideração de tais entendimentos, sua possível evolução e os reflexos desta sobre determinados institutos constituem um percurso inelutável até o alcance da ambicionada resposta ao problema inicial.

Nesse sentido, percebe-se que o processo civil não se encontra asséptico à caminhada pós-positivista ou neo-jusnaturalista iniciada na segunda metade do século XX, apesar de haver uma significativa resistência a essa visão, insista-se, ainda apregoada por escolas mais conservadoras, não somente na esfera de aplicação do Direito, como também no campo acadêmico.

Sob essa perspectiva, apresenta-se totalmente inconciliável com a razão humanística, eleita pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial e ratificada pelo Brasil com a Constituição de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica, um pensamento que sobreponha o apego às regras positivadas à necessidade de resolução das querelas (muitas vezes inéditas) humanas com justiça e de maneira compromissada com a dignidade das pessoas envolvidas, ou seja, aos próprios escopos do processo, inclusive ao jurídico<sup>279</sup>, pois esse formalismo implicaria a negativa de vigência das normas abertas<sup>280</sup>, normalmente veiculadas por meio de princípios.

Parece impossível refutar-se hoje, que a idéia de técnica processual abranja não só o conjunto de regras predispostas ao direcionamento da atividade processual em atenção aos seus fins, mas também todo o arsenal de atos processuais que podem se mostrar necessários em uma demanda a fim de se obter em maior medida a concretização do anseio constitucional por justiça, ainda que não haja previsão legal expressa<sup>281</sup>; este é o significado oriundo de uma releitura do direito fundamental de acesso à justiça, um direito ao constante aprimoramento do processo e dos seus resultados, na maior medida possível, levando-se em conta os novos contornos sociais e jurídicos, como pressupõe a aplicação dos princípios.

---

<sup>279</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 222, nota 17.

<sup>280</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 32, nota 14.

<sup>281</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 222, nota 17.



Importante frisar, que essa assertiva não se mostra avessa à legalidade e à imparcialidade, pois se funda numa compreensão de legalidade que abarca os princípios e não apenas às regras, conferindo maiores poderes aos juízes na proteção dos direitos, e porque imparcialidade não significa ignorar direitos pela ausência de regras, prejudicando a parte apenas pelo seu caso não se subsumir à *fattispecie* positivada, mas sim empenhar-se no labor judicial sem paixões que prejudiquem o alcance de uma decisão racional.

Tal discernimento pode incomodar, já que estende a possibilidade de interferência no modo de ser da técnica processual para a seara judicial com maior transparência e contundência (criatividade que já é bem aceita no campo dos direitos materiais), todavia, ele não se divorcia dos marcos cravados pelos constituintes, que incutem uma meta explícita para essa técnica processual, qual seja: a de resolver com justiça os problemas do homem, através de uma preocupação central com a sua dignidade, ao invés da velha postura legalista.<sup>282</sup>

Isso deságua não numa modificação, mas num aprimoramento do significado convencional de técnica processual; os meios que constituem a técnica processual deixam de se balizar pela legalidade estrita e caminham em sentido a sua superação, quando esta for exigida pelas situações específicas de um caso ou pelos novos contornos que permeiam muitas das relações jurídicas modernas<sup>283</sup>, ou pós-modernas<sup>284</sup>, em virtude do dever de constante aprimoramento da tutela jurisdicional oferecida aos cidadãos.

Por rumo convergente, pode-se acrescer à concepção instrumentalista do processo, nessa perspectiva humanista e neo-jusnaturalista, a noção de obediência plena e imediata aos princípios, não só para que sejam interpretadas as regras legais postas, como também para permitir, ou melhor, obrigar, que atos processuais, ainda que desprovidos de previsão legal expressa e específica, sejam materializados, quando o objetivo almejado com tal prática confluir com as aspirações humanísticas eleitas como idéia-guia pelo constitucionalismo pátrio, o que, como visto na primeira

---

<sup>282</sup> Ibid. p. 227.

<sup>283</sup> Ibid. p. 227

<sup>284</sup> ALEIXO, op. cit. p. 421, nota 98.

parte do trabalho, jamais poderá dispensar a fundamentação, o contraditório, a imparcialidade, o juiz natural, a ampla defesa e o acesso a revisão da decisão por um órgão colegiado.<sup>285</sup>

Cabe destacar, no ensejo, que a conclusão acima erigida aparenta já estar abrangida pelos fundamentos que sustentam a atual idéia de instrumentalidade do processo e de existência de escopos éticos perseguidos por este, pois em momento algum se fala que a satisfação de tais objetivos dependeria de previsão legal expressa, questão, que, entretanto, não parece ter figurado como centro das atenções daqueles que se dedicaram à compreensão da instrumentalidade<sup>286</sup>, estando apenas nas entrelinhas de algumas palavras de Dinamarco, principalmente quando este fala dos aspectos positivos dela, o que se dá nos seguintes termos:

Além disso, a própria lei reflete atitudes privatistas e individualistas perante o processo, incluindo-se nisso o conformismo com algumas de suas supostas fraquezas e pouca disposição a superá-las. Para o exame crítico do sistema existente, é indispensável identificar os pontos vitais em que as tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerado o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo.<sup>287</sup>

Dessa maneira, percebe-se que o presente debate não envolve uma mudança dos valores, que desde há muito tempo estão reconhecidos nos escopos do processo, mas apenas uma preocupação com a irradiação de tais valores sobre a aplicação do direito na condução do processo, já que, não se mostra razoável falar-se de uma nova fase pós-positivista, dos objetivos sociais e políticos a ser alcançados pelo processo, se a prática de atos processuais permanecer engessada pela estrita legalidade; se assim for, toda a retórica sobre os escopos do processo e sobre a ligação do direito com os valores humanos será falaciosa.<sup>288</sup>

Conclui-se dessa maneira, que o magistrado situado na atual era neo-jusnaturalista e instrumentalista tem não só a possibilidade, mas sim o dever de efetuar atos processuais capazes de resolver os problemas práticos levados ao crivo jurisdicional, insista-se, no afã de realizar constantemente um aprimoramento do

<sup>285</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 227, nota 17.

<sup>286</sup> Ibid., p. 227.

<sup>287</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 388, nota 113.

<sup>288</sup> BEDAQUE; GAGNO, op. cit. p. 228, nota 17.

grau de satisfação do direito fundamental de acesso à justiça, devendo, contudo, sempre observar, na sua fundamentação, uma argumentação coerente com a razão humanística que orienta esse novo semblante do direito, a fim de que a respectiva decisão não decorra de impulsos exclusivamente subjetivos<sup>289</sup>, apesar desta missão se mostrar difícilíssima.

Por fim, extrai-se dos argumentos acima lançados que esse prisma sob o qual a instrumentalidade do processo deve ser vista não pode ser ignorado, já que ele é obtido através de sua amálgama com a teoria pós-positivista do direito hodierno, com efeitos originariamente não verificados explicitamente em toda a sua amplitude, o que permite conceituá-lo como uma instrumentalidade humanística, não podendo ser chamado de pós-instrumentalidade, já que os preceitos desta, felizmente, ainda não foram superados, nem mesmo parcialmente, tendo recebido apenas um sentido mais amplificado ou claro.

Destarte, o Processo se revela como um genuíno mecanismo estatal de solução de conflitos com justiça, instrumento de uma Jurisdição absorvida mais pela missão de pacificação social alicerçada sobre valores humanos constitucionais, que por uma subsunção silogística do caso concreto à regra exaustivamente insculpida para ele.

## 2.2 AS TÉCNICAS DE OTIMIZAÇÃO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA ORA MANUSEADAS E SUAS JUSTIFICATIVAS

O presente trabalho, como o próprio título sugere, tem por objeto a análise de algumas técnicas processuais que tenham por escopo proporcionar maior eficácia e segurança à atividade instrutória e, além disto, examinar a repercussão que a visão do acesso à justiça como um direito humano e fundamental tem sobre tais institutos.

Com efeito, mostra-se imprescindível que seja delimitado o alcance do presente exame de maneira justificada, uma vez que algumas técnicas, com objetivos semelhantes aos das que serão estudadas, serão preteridas.

---

<sup>289</sup> ALEXY, op. cit. p. 74, nota 51.

Para se dar exemplo de uma técnica processual de aprimoramento da atividade instrutória que teve o seu exame dispensado no presente trabalho pode-se citar aquela relativa ao juízo de admissibilidade, relevância e atendibilidade das provas<sup>290</sup>, que não constitui um objeto específico de análise, em virtude da pouca transformação suportada por ela nessa quadra dos Direitos Fundamentais, bem como do menor teor de problematicidade que ela carrega, ao menos em comparação com as técnicas a seguir esmiuçadas e sob a referida perspectiva constitucional.

Isso porque a forma de realização e o conteúdo do referido juízo não sofreram radicais modificações em virtude dessa perspectiva trazida pelo direito fundamental de acesso à justiça, como sofreu a aplicação das técnicas a seguir estudadas, em diversos aspectos como: abrangência, fundamentos, forma e controle da aplicação.

Do mesmo modo ocorre com a discussão envolvendo a utilização de provas ilícitas; apesar de haver uma forte corrente que propõe a sua utilização excepcionalmente, quando, por exemplo, os interesses envolvidos sobrepujarem o direito à privacidade, autorizando a realização de uma ponderação de valores<sup>291</sup> - postura convergente com a teoria dos direitos fundamentais ora perfilhada – o casuísmo que envolve tal prática desviaria o rumo do presente trabalho, que não tem por escopo a delimitação de hipóteses específicas e concretas de incidência das técnicas pertinentes à atividade instrutória, mas situações genéricas e abstratas.

Dessa maneira, as técnicas a seguir estudadas foram selecionadas por dois motivos nucleares, quais sejam: o alto teor de problematicidade que as envolve os diversos aspectos de sua aplicação e o significativo reflexo que a teoria dos Direitos Fundamentais traz sobre elas, alterando por completo os limites e modelos tradicionais de sua utilização.

Não por outros motivos, foram selecionadas para debate no presente trabalho, as seguintes técnicas: o poder instrutório do juiz, a inversão ou distribuição dinâmica do ônus das provas e a prova emprestada.

---

<sup>290</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 280, nota 143.

<sup>291</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 136, 138, 142-143.

Como se pode ver trata-se todas de técnicas utilizadas no curso da atividade instrutória e que, por consectário, provavelmente alterarão os seus resultados, todavia, sua atuação se dá sobre a própria instrução, motivo pelo qual elas serão estudadas nesta parte do trabalho, ficando as técnicas incidentes exclusivamente sobre o juízo probatório para a parte final.

Por fim, cumpre-se apenas esclarecer que o critério utilizado para se atribuir a uma técnica o caráter de refinadora da atividade instrutória e do juízo probatório foi baseado na sua indispensabilidade, para a realização dessa atividade e do julgamento final, ou seja, há uma diferença fundamental entre os meios imprescindíveis à realização da qualquer atividade instrutória, tais como a oitiva de testemunhas, depoimento pessoal, perícia e outros, e os meios necessários ao aprimoramento da qualidade da atividade instrutória, que, apesar não impedirem a realização de alguma instrução, mesmo se inobservados, quando aplicados propiciam maior primor a ela, o que torna esses meios imperiosos, por serem mais condizentes com as aspirações do atual paradigma jurídico dos Direitos Fundamentais.

### **2.2.1 Os poderes instrutórios do juiz**

Uma das técnicas processuais capazes de conferir maior qualidade à atividade instrutória e, conseqüentemente, à respectiva decisão jurisdicional, é a adição de poderes (deveres) instrutórios ao juiz.

Sendo a delimitação dos fatos um importante ponto sobre o qual se equilibra o raciocínio judicial, não há como negar que todo instrumento capaz de permitir o conhecimento dos fatos satisfaz, por corolário, o direito fundamental de acesso à justiça, que se desdobra hodiernamente no dever de constante aprimoramento da técnica processual, consoante explanação contida na primeira parte do trabalho.

Muito já se discutiu a respeito da admissibilidade de tais poderes, que, para uma corrente mais conservadora, prejudicaria a imparcialidade do magistrado<sup>292</sup> e esbarraria num suposto óbice imposto pelo princípio dispositivo<sup>293</sup>, sendo incompatível com a natureza privada e disponível da maioria dos direitos materiais previstos em sede cível<sup>294</sup>, o que, mesmo assim, não impedia a doutrina clássica de admiti-lo nos casos expressamente previstos em lei.<sup>295</sup>

Sem embargo, tais posicionamentos podem ser considerados hoje como superados, ao menos academicamente, haja vista, que na praxe ainda há alguns magistrados que, por comodismo profissional ou intelectual, ou por convicções privatistas e individualistas, ainda aderem, conscientemente ou não, a tais posicionamentos.<sup>296</sup>

Aliás, mesmo academicamente não se pode falar de uma superação total, uma vez que ainda existem professores<sup>297</sup> que impõem restrições de cunho privatista à atuação instrutória plena do Judiciário, tomando por base, em alguns casos, além dos argumentos mencionados, a distribuição do ônus da prova<sup>298</sup>, ou seja, a responsabilidade que as partes têm de provar suas alegações.

Entretanto, os argumentos que sustentam uma atuação profunda do magistrado na instrução da causa, limitada apenas pelos elementos da ação<sup>299</sup> e controlada pelo contraditório, pela fundamentação justificadora<sup>300</sup> e pela recorribilidade das decisões, hão de prevalecer, e isto, por inúmeras razões, conforme se tentará expor

---

<sup>292</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Vitor S. de Zavalia, 1981, tomo 1, p. 81.

<sup>293</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2, p. 144.

<sup>294</sup> CHIOVENDA, op. cit. p. 415, nota 146.

<sup>295</sup> Ibid., p. 408.

<sup>296</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz ... **Revista de Processo**. São Paulo, n. 37, p. 140-150, janeiro/março 1985, p. 147.

<sup>297</sup> LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento ... **Revista de Processo**. São Paulo, n. 35, p. 24-67, julho/setembro 1984, p. 37.

<sup>298</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 115, nota 230.

<sup>299</sup> Ibid., p. 154.

<sup>300</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial ... **Temas de Direito Processual Civil**. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 79-86, p. 81.

sinteticamente, já que este não é o principal objetivo desse tópico, mesmo porque, a defesa dos plenos poderes instrutórios já foi feita por autores, que dispensam ratificações menos expressivas.

Inolvidável destaque, no ensejo, deve ser dado ao fato de que a defesa dos poderes instrutórios oficiais tem sido feita desde há muito em países como a Áustria, que incluiu tais poderes em seu sistema processual no final do século XIX e, tempos depois, fora seguido pela Alemanha<sup>301</sup> e pela Itália<sup>302</sup>

Destarte, primeiramente, não há como se falar em prejuízo à imparcialidade, decorrente da atividade instrutória judicial, uma vez que ao determinar a produção de uma prova, ainda que o juiz esteja agindo sob impulsos reprováveis, não há como se saber a quem a prova beneficiará<sup>303</sup> e, diga-se mais, ainda que se fosse possível saber, não poderia o magistrado ignorá-la, pois do contrário, ele poderia prejudicar uma parte detentora do direito<sup>304</sup>, em total dissonância com a função jurisdicional da qual está imbuído; neste caso, aí sim o magistrado estaria sendo parcial, por beneficiar a uma parte desprovida de razão, já que, dar a quem o que de direito não é ser parcial, mas sim justo.

Nesse sentido, é que preconiza Barbosa Moreira, ensinando que:

Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo “X” ou o indivíduo “Y”, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.<sup>305</sup>

Quanto ao argumento fundado no princípio dispositivo, deve-se objetar que, apesar dos direitos materiais privados serem geralmente disponíveis, tal disponibilidade não alcança os rumos procedimentais e os resultados inerentes ao processo, nem a

---

<sup>301</sup> CHIOVENDA, op. cit. p. 416, nota 146.

<sup>302</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 306/307, nota 143.

<sup>303</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 178-184, julho/setembro 1984, p. 180.

<sup>304</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 108, nota 230.

<sup>305</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 180, nota 303.

relação jurídica instaurada a partir dele, que, por possuir escopos públicos, não pode servir a qualquer decisão, mas somente a realização de justiça.

O princípio dispositivo, que se funda na disponibilidade do direito material, impedindo, assim, que se interfira em atos de disposição realizados dentro do processo<sup>306</sup>, não deve impedir que o juiz interfira em omissões de atos processuais com reflexo na esfera jurídica material do indivíduo, pois, insista-se, o processo não serve aos interesses meramente das partes; subjacente a eles existem objetivos públicos, de proteção do direito e pacificação social, que não estão à disposição das partes, como ensina Bedaque, afirmando que:

Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não é. A relação processual rege-se sempre por princípios atinentes ao direito público, tendo em vista a sua finalidade, o seu objetivo.<sup>307</sup>

Além disso, seria o cúmulo do cinismo dizer que uma parte deixa de produzir provas, por querer dispor implicitamente do seu direito material, mesmo sabendo que esta parte levou a causa ao judiciário e, em nenhum momento, se manifestou de forma a demonstrar qualquer anseio por renunciar ao seu hipotético direito.

O Judiciário deve permitir que a parte assim o faça, se ela quiser, desde que expressamente, e não presumir tal vontade da sua omissão, mesmo porque, tal presunção não goza de qualquer razoabilidade, se considerado o fato da causa ter sido levada ao crivo jurisdicional, além de outros fatores que influenciam a nossa realidade.

A presunção que se estabelece por tal corrente, de que a não produção de prova representa uma renúncia tácita ao direito, é totalmente descomprometida com uma idéia de justiça substancial, seja por ignorar que algumas partes são mal assistidas, por olvidar que existe um grau altíssimo de equivocidade no juízo probatório, fazendo com que um advogado se acomode por entender provadas as suas alegações, ou por se alicerçar numa pseudo máxima de experiência, que distorce o sentido da omissão de uma parte, atribuindo-lhe o significado de renúncia e, com

---

<sup>306</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes ... **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 7-14, janeiro/março 1986, p. 11.

<sup>307</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 93, nota 306.



isto, ignora as necessidades humanas, postura típica de Estados Liberais Burgueses, que não encontra nenhuma sintonia com o paradigma político atual.

Parece remansoso que a presunção que deve vigor no caso de omissão instrutória da parte deve ser diametralmente oposta a essa, ou seja, deve-se atribuir a tal omissão não um sentido de renúncia, mas sim de incompetência profissional ou de satisfação com as provas produzidas, pois a experiência mostra que tais omissões decorrem com muito mais probabilidade desses fatores, e não de uma renúncia ao direito, que, para gerar efeitos e obstar a instrução sobre os fatos que lhe concerne deve ser feita expressamente, ainda que se trate de direitos disponíveis, os únicos para os quais se admite a renúncia.

Não há qualquer razoabilidade em se presumir, que um direito expressamente reclamado ao Judiciário tenha sido renunciado tacitamente, com a causa ainda em tramite, pela mera omissão da parte na indicação de um meio de prova, principalmente diante dos fatores acima anunciados.

Nesse contexto é que grande parte da doutrina entende o princípio dispositivo, como um preceito que cerceia apenas a interferência judicial sobre atos expressos de disposição do direito, e não como um preceito que prejudique a atividade instrutória do juiz.<sup>308</sup>

Além disso, o ordenamento jurídico pátrio em momento algum limita a atividade instrutória judicial, devidamente prevista em lei<sup>309</sup>, às hipóteses de direitos indisponíveis, como faz com a intervenção judicial nos casos de conciliação<sup>310</sup>, sendo esta mais uma razão para uma compreensão restritiva do princípio dispositivo.

Por fim, quanto ao argumento fulcrado na distribuição do ônus da provas, deve-se relevar apenas, que tal regra tem por escopo alertar as partes do dever que elas têm de se desincumbir do *ônus probandi*, na sua acepção subjetiva, impondo, com isto, a

---

<sup>308</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Iniciativa probatoria del juez ... **Oralidad y las pruebas em el processo civil**. Buenos Aires: Ejea, 1972, p. 111-135, p. 122.

<sup>309</sup> BRASIL, op. cit. p. 625, nota 93

<sup>310</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 129, nota 230.

cooperação<sup>311</sup>, mesmo porque, são elas, que, via de regra, tem as melhores condições de produzir provas.<sup>312</sup>

Uma coisa é dizer que a parte deve provar suas alegações e, outra coisa, bem diferente, é dizer que somente ela pode provar suas alegações, rechaçando assim, a hipótese dela produzir prova contra si, ou seja, dos fatos favoráveis à parte contrária.<sup>313</sup>

De outro modo, na sua acepção objetiva, o ônus da prova tem a função de permitir o julgamento de mérito, em face da vedação ao *non liquet*, quando não se mostre disponível qualquer fonte para se provar o alegado.<sup>314</sup>

Além de tudo que foi dito, não há como se ignorar, nesta seara, o papel do direito fundamental de acesso a justiça, e do dever de constante aprimoramento da técnica processual que dele decorre, sobre a questão em foco.

É também com base nessa nova perspectiva do acesso à justiça, como um direito fundamental de arquitetura principiológica, que deve ser atendido na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, que se defende uma incidência amplificada do poder instrutório do juiz, já que julgamentos fundados na omissão instrutória das partes tendem somente a convalidar injustiças e, dessa forma, a desumanizar o homem, por negar-lhe o que a razão lhe promete, ou seja, respeito aos seus direitos, argumento extensível a demanda envolvendo pessoas jurídicas, pois estas nada mais são do que aglomerados de interesses humanos.

Tal situação descamba ainda, para uma incontestável deslegitimação do Judiciário perante a sociedade, que, com razão, não entende a indiferença defendida por certas correntes de pensamento.

É nessa conjuntura argumentativa que se mostra como indispensável e fundamental, uma plena atividade instrutória, que não se limite a um papel supletório, coadjuvante

---

<sup>311</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 84, nota 300.

<sup>312</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 35, p. 231-238, julho/setembro 1984, p. 232.

<sup>313</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 181, nota 303

<sup>314</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 118/119, nota 230.

ou subsidiário à atividade das partes, mas, que assuma sim, o dever de investigar, ou esclarecer, os fatos que lhe são trazidos, a fim de proporcionar aos jurisdicionados o melhor julgamento possível, coerente com o atual modelo constitucional de processo.

Nesse ponto, chega-se às questões cruciais a ser enfrentadas, que, por não terem sido objeto das reflexões anteriores, interessadas mais em justificar os poderes instrutórios do juiz, necessitam de uma maior problematização a ser realizada no tópico abaixo.

### 2.2.1.1 O dever judicial de instrução e seus limites

O que se cabe questionar daqui para frente é: o poder instrutório do juiz seria um dever, ou uma faculdade outorgada pela lei e utilizada discricionariamente? Sendo um dever, a sua inobservância poderia acarretar a nulidade de uma decisão? Se um julgamento de procedência fosse reformado pelo Tribunal, por ausência de provas que poderiam ter sido produzidas, não seria o caso de nulidade do acórdão, por ausência de produção das respectivas provas em segunda instância, antes de se reformar a decisão? Qual seria o limite de tal dever? Deveria o juiz esgotar todos os meios de prova possíveis, para se evitar uma hipotética desigualdade processual, causada pela produção oficial de apenas alguns meios de prova?

Pois bem, em primeiro plano, deve-se consignar que, no atual estágio em que se encontram as posições apresentadas por este estudo, seria de uma incoerência assustadora se afirmar que o poder instrutório judicial é uma faculdade.

Se o poder instrutório judicial é uma técnica que permite conhecer os fatos e, com isto, aprimorar a qualidade da decisão, aproximando ao máximo possível o juízo fático da realidade provável, e se o Estado juiz tem o dever de constante aperfeiçoamento da técnica processual, visando à satisfação em maior medida do direito fundamental de acesso à justiça, na sua acepção mais substancial, então não resta outra conclusão, diferente da que vê nesse poder instrutório um dever e não uma faculdade judicial.

Já é tempo de o processo civil ser encarado como uma atividade composta por três sujeitos igualmente interessados no alcance do melhor resultado, o que, sob a ótica do juiz, deve significar a decisão mais justa possível, idéia já preconizada por Calamandrei em meados do século XX, quando, analisando as reformas processuais civis italianas, falava, que se o juiz instrutor:

[...] tem de responder à finalidade para a qual foi instituído, deve ser um estimulador das partes, um buscador ativo da verdade, mesmo quando as partes não saibam ou não queiram descobri-la.<sup>315</sup>

O escopo publicista de pacificação social, proteção da ordem jurídica e dos direitos, não pode ser manipulado pelas partes, justamente por não estar no seu campo de disponibilidade.

Nessa conjuntura, deve o juiz ser encarado como um diretor ou instrutor, que diante dos fatos, pode e deve determinar todas as providências cabíveis e necessárias para a devida apuração, e não como um mero árbitro, fiscal do procedimento legal, como bem ensina Barbosa Moreira, na seguinte assertiva:

A transição do liberalismo individualista para o “Estado social de direito” assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das “regras do jogo” e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do “social” também no processo derrui o império do *laissez faire*.<sup>316</sup> (grifo do autor)

Se o juiz tem o poder/dever de julgar, nada mais natural que tenha, também, o poder/dever de determinar os esclarecimentos fáticos que basearão o seu labor jurisdicional, evitando-se assim, que se perpetre uma injustiça

Se uma decisão justa depende de um juízo probatório o mais próximo possível da realidade e, sendo esta decisão justa um interesse do Estado e, portanto, um dever indisponível, o juiz deve ser o grande interessado no regular conhecimento dos fatos.<sup>317</sup>

<sup>315</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 307, nota 143.

<sup>316</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 145, nota 296.

<sup>317</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 179, nota 303.

É inaceitável que o Estado possa disponibilizar um instrumento que tem por escopo à proteção de direitos e à realização de justiça, para servir a interesses privados ou a qualquer resultado.

Isso representaria uma completa desnaturação do processo, visto sob a ótica publicista, já há muito tempo dominante, sendo certo ainda que tal dever de instrução não se cinge a uma atividade supletiva, de complementação, mas de total conhecimento, dentro dos limites da lide, como já foi dito.

Quando o juiz assume esse papel, ele não busca provar o fato alegado por uma das partes, mas sim conhecê-lo, o que é indispensável para o melhor julgamento, já que, diferentemente das partes, ele não possui nem pode possuir nenhum contato prévio com a realidade passada.<sup>318</sup>

Além disso, um juiz corrupto não se tornará parcial por realizar tal tarefa, nem mesmo um juiz honesto se corromperá por tanto. O que corrompe o juiz não é o poder instrutório do qual ele dispõe, mas, dentre outras razões, oportunidades de favorecimento pessoal, que não deixarão de existir nem surgirão em virtude de tal dever de instrução<sup>319</sup>, sendo óbvia, também, a possibilidade da parcialidade ser canalizada pela omissão na atividade cognitiva dos fatos, o que, diga-se de passagem, parece ser até mais freqüente; é a famosa decisão de improcedência “por ausência de provas”.

Em verdade, se faz necessária uma real conscientização sobre o processo e seus objetivos, e sobre o significado do direito fundamental de acesso à justiça no atual contexto jurídico.

Somente a partir de tais fundamentos poderá se construir, de fato, um processo judicial mais justo, humano e, por corolário, efetivamente preocupado com o oferecimento do melhor resultado aos jurisdicionados, detentores de uma dignidade que para ser preservada precisa de justiça e não de decisões formalmente irretocáveis, mas substancialmente indiferentes com o seu desiderato.

---

<sup>318</sup> BRASIL, op. cit. p. 654, nota 93

<sup>319</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 180, nota 303.

Ademais, não há como se aceitar o uso de discricionariedade no âmbito judicial<sup>320</sup>, dos poderes diretivos, ao contrário do que entende a jurisprudência italiana<sup>321</sup>, porque não compete ao juiz, quando decide, realizar opções baseadas em oportunidade e conveniência, impossibilidade esta que decorre da própria natureza da atividade jurisdicional, essencialmente diferente da desempenhada por um administrador, que não se encontra diante de um litígio a ser decidido imparcialmente.

Diante do dever de instrução processual, nem mesmo a preclusão pode representar algum embaraço a atividade instrutória judicial, já que a razão de ser das regras de preclusão, que é a de permitir a colocação de um ponto final na demanda sem que isto se torne impossível por inúmeros retrocessos<sup>322</sup>, não poderá superar o dever de um julgamento justo, mesmo porque, os mais graves prejuízos causados por algum retrocesso podem, em tese, ser bem resolvidos pelas tutelas de urgência, já a injustiça material causada pela regra de preclusão não terá qualquer remédio, eclodindo nesta seara um raciocínio ponderativo e de proporcionalidade.

Face tais constatações, não há como se negar a ocorrência de nulidade processual, a ser sanada em segunda instância<sup>323</sup>, caso o magistrado, ignorando o seu dever de aprimoramento da técnica processual e de oferecimento da melhor decisão possível, se mantenha inerte diante de uma alegação fática e rejeite os respectivos fatos por ausência de prova em sua decisão, não determinando a produção de um meio de prova que esteja ao seu alcance, ou seja, cuja fonte já tenha sido indicada pela parte ou por outros meios de prova, explícita ou implicitamente.

Da mesma forma, um julgamento reformado pela instância *ad quem* sob o fundamento de não ter sido produzida prova indispensável à demonstração do fato, desde que esta pudesse ter sido produzida em primeira instância, deveria, em verdade, ser convertido em diligência para a produção da respectiva prova, sob pena de negativa da prestação jurisdicional devida.

---

<sup>320</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 149, nota 230.

<sup>321</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 329, nota 49.

<sup>322</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 128, nota 48.

<sup>323</sup> BRASIL, op. cit. p. 670, nota 93.

Como se percebe, o grande problema das assertivas acima realizadas é a ausência de limites ao defendido dever instrutório oficial, limites estes, que para ser estabelecidos dependem de que sejam manejados alguns institutos teóricos, tais como: fontes de provas e meios de provas, fatos constitutivos, modificativos, impeditivos, extintivos, e modelos de constatação, para que se reconheça que não caberá ao juiz realizar milagres nem obter certezas absolutas mediante sua atividade de instrução.

Nesse sentido, os primeiros limites a ser consignados são: não poderá o magistrado determinar a produção de meios de prova cuja fonte não tenha sido revelada por algum elemento da ação; nem terá o dever de provar cabalmente a ocorrência ou não de um fato afirmado, esgotando as fontes de provas, mas apenas o dever de conhecer os fatos alegados por autor ou réu (constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos), haja vista o modelo de constatação de verossimilhança preponderante ou preponderância de provas inerente ao processo civil.<sup>324</sup>

Somente com base nesses limites será possível o controle da atividade instrutória oficial e respondida à questão concernente a um dever de esgotamento dos meios de provas.

Por esse rumo, conforme já afirmado por estudos tradicionais, deve-se esclarecer que as fontes de prova são potenciais meios de prova<sup>325</sup>, ou seja, são cargas de informação fática, contidas em pessoas, documentos ou objetos em geral, que podem servir como prova em um processo onde sejam discutidos os fatos ali armazenados.<sup>326</sup>

A partir do momento em que tais fatos são objeto de debate, pode ser que tais fontes se mostrem relevantes para o melhor conhecimento da causa, razão pela qual se providencia a sua colaboração, mediante os meios legais ou moralmente

---

<sup>324</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

<sup>325</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 3, p. 86.

<sup>326</sup> FORNACIARI, Mario Alberto. Actividad esclarecedora del juez ... **Revista de Processo**. São Paulo, n. 46, p. 90-102, abril/junho 1987, p. 93

admissíveis de prova<sup>327</sup>; dessa forma, por exemplo, pessoas citadas em narrativas fáticas são fontes de prova testemunhal, e o meio de se extrair a sua colaboração para o processo é através da sua oitiva<sup>328</sup>.

De igual modo, os vestígios deixados em determinado corpo ou objeto após a ação humana são fontes de prova pericial, mas o meio de se transportar tais informações para o procedimento será através da realização de um exame pericial.

Percebe-se assim, que ao juiz não cabe criar ou providenciar fontes de provas relativas a uma lide, pois somente às partes ou outras provas podem indicar à existência de pessoas, documentos ou objetos, capazes de ser utilizados como meios de prova.

Sendo a fonte de prova uma carga de informação fática, a sua indicação num processo judicial depende do conhecimento dos fatos, que somente são conhecidos pelo juiz na medida em que as partes ou as provas os expõem, sob pena de quebra da imparcialidade jurisdicional, razão pela qual se afirma que as fontes de provas são indicadas pelas partes ou por outras provas.

Contudo, uma vez indicada uma fonte, expressa ou tacitamente, deverá o juiz se valer do meio de prova pertinente para apuração da informação que se busca.<sup>329</sup>

Da mesma forma, o necessário contraditório precedente, durante e após a produção da prova, cumulado com os elementos da ação, o dever de fundamentação e a recorribilidade das decisões, são outros limites que deverão circundar a atividade instrutória oficial.<sup>330</sup>

Sem embargo, o questionamento que deve advir de tal assertiva, a fim de que se consiga estabelecer um limite de profundidade para a atividade instrutória oficial é o seguinte: teria o juiz, então, a obrigação de esgotar todas as fontes e meios de prova pertinentes ao conhecimento de um fato, para evitar uma hipotética insegurança ou

---

<sup>327</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 87, nota 325.

<sup>328</sup> FORNACIARI, op. cit. p. 93, nota 326.

<sup>329</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 123-124, nota 308.

<sup>330</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 181, nota 303.



desigualdade de tratamentos, que poderiam ser geradas pela produção de apenas algumas provas?

Para responder a essa pergunta é que se mostra de singular valia a utilização dos conceitos de: fatos constitutivos, extintivos, modificativos, impeditivos e modelos de constatação.

Isso porque o juiz somente terá o dever de produzir provas para conhecer dos fatos alegados, sejam eles constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos, todavia, tal exercício não terá o escopo de comprovar de maneira absoluta a ocorrência ou não deles (atividade que demandaria a produção de contraprova)<sup>331</sup>, haja vista a dispensabilidade desse rigor cognitivo.<sup>332</sup>

Ao tentar conhecer os fatos sobre o qual não tenha sido produzida prova ou se tenha produzido prova inverossímil, o juiz produzirá provas que poderão tanto negá-los quanto demonstrá-los, não havendo, com isto, uma hipotética violação à imparcialidade e à isonomia.

Destarte, para a satisfação do dever oficial de instrução, basta a conhecimento dos fatos, ainda que este se dê mediante um juízo de verossimilhança, sendo desnecessário o esgotamento das fontes de provas disponíveis, conclusão que se alcança com base no modelo de constatação típico do processo civil, qual seja, o de verossimilhança preponderante, que dispensa um grau exagerado de certeza pertinente aos casos envolvendo direitos indisponíveis,<sup>333</sup> tema este que será mais explorado a seguir, quando se falar do aprimoramento do juízo probatório.

Nota-se que afirmar a existência de um dever judicial de conhecimento dos fatos não traz qualquer prejuízo ao réu, pois este também poderá alegar fatos novos, impeditivos, extintivos ou modificativos, que deverão ser conhecidos da mesma forma que os constitutivos do direito autoral.

---

<sup>331</sup> MARINONI, op. cit. p. 328, nota 40.

<sup>332</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 424, nota 113.

<sup>333</sup> TARUFFO, Idee per una teoria della decisione giusta. **Sui confini:** Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 219-234, p. 232.

Alegado um fato, caberá ao juiz produzir a prova pertinente para o conhecimento deste, seja ele constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo; se o resultado de tal prova for verossímil, para negá-lo ou confirmá-lo, não estará o juiz obrigado a esgotar os meios de prova, buscando uma certeza absoluta, a não ser que a parte requeira a produção de contraprovas, o que é um direito fundamental desta<sup>334</sup>, condicionado apenas a um exame prévio de admissibilidade, relevância e atendibilidade, ou seja, da sua idoneidade para a produção de um resultado diferente do já obtido, a fim de que tal conduta não traduza fins meramente procrastinatórios.

Registra-se, no ensejo, que se a prova dos fatos não for satisfatória, por lhe faltar credibilidade ou completude, deixando, assim, margens para dúvidas, que, conservadoramente seriam supridas com o cômodo recurso ao ônus da prova objetivo, deverá o magistrado, aí sim, complementar de ofício tal atividade, a fim de obter um conhecimento satisfatório, e isto, por ser inaceitável, no atual contexto jurídico, a aplicação do ônus da prova no julgamento, sem que, estando ao alcance do juiz, uma prova idônea sobre o fato alegado tenha sido produzida.

Essa assertiva não importa em qualquer contradição, pois a existência de dúvida sobre a credibilidade da prova ou outros fatos não abrangidos por ela impede até mesmo um juízo de verossimilhança.

Percebe-se então, que a inexistência de um dever de esgotamento dos meios de prova não acarreta insegurança nem desigualdade processual, insista-se, pois o direito da parte requerer exaustiva produção de prova não é tolhido e as provas eventualmente produzidas assim o foram para permitir o conhecimento de fatos narrados por ambas às partes, e não para gerar este ou aquele resultado.

Em sendo assim, a partir do momento em que o objetivo colimado é alcançado, ou seja, em que o fato é conhecido com aparência de verdade, se mostrarão prescindíveis novas atividades instrutórias para contradizê-los, a não ser, repita-se, que haja requerimento da parte neste sentido, cumulado com alguma possibilidade de alteração do resultado até então obtido.

---

<sup>334</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional a prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 3), p. 143.

A preocupação com a criação de um critério razoável, que não obrigue o juiz à produção exaustiva de todos os meios de provas possíveis, tem a sua razão de ser cravada também sobre a regra da duração razoável do processo, que tem como um de seus desdobramentos a não adoção de atos desnecessários.<sup>335</sup>

Em se tratando de um fato alegado por alguma das partes, não importa se autora ou ré, mas sim que tenha sido satisfatoriamente (de maneira verossímil) demonstrado pela prova produzida, não precisará o juiz determinar de ofício a produção de mais provas, almejando obter uma certeza definitiva, o que será sempre impossível para os homens<sup>336</sup> e, neste caso, se apresentará desarrazoado e impertinente, causando uma demora dispensável ante ao convencimento já alcançado pela prova produzida.

Deve-se reiterar, que se uma contraprova for requerida por uma das partes e tiver a capacidade de infirmar o resultado já obtido, não poderá o juiz indeferir tal requerimento, sob pena de afronta à ampla defesa e ao contraditório pleno, valores que também são constitucionalmente ansiados<sup>337</sup>; contudo, o magistrado não precisará agir assim de ofício, ressalvadas as circunstâncias já mencionadas, de inidoneidade ou incompletude das provas realizadas.

É interesse das partes infirmar as provas produzidas, aliás, não seria bem um interesse, mas uma possibilidade que sempre deve estar aberta às partes, desde que a fonte de contraprova apontada seja apta à tanto; mas o juiz só terá o dever de assim proceder de ofício se ocorrer imprecisões ou incompletudes que justifiquem.

A comprovação da negação de um fato aparentemente verdadeiro, mediante a produção de um meio de contraprova mais complexo e seguro, por exemplo, competirá exclusivamente à parte, pois, insista-se, o interesse oficial deve ser o de conhecer o fato o suficiente, em consonância com o modelo de constatação próprio, e não o de obter um resultado determinado, possibilidade, que, todavia, não poderá ser cerceada à parte que anseie produzir uma contraprova adequada.

---

<sup>335</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66-68.

<sup>336</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 269/270, nota 143

<sup>337</sup> CAMBI, op. cit. p. 143, nota 334.

Assim sendo, alegado um fato controvertido, o mesmo deverá ser conhecido pelo juiz, por meio das fontes de prova que se mostrarem disponíveis e aptas a fornecer tal conhecimento, tenha ou não às partes iniciado ou requerido alguma atividade probatória.

Produzidas tais provas e observado um resultado verossímil, não precisará o magistrado determinar a produção de novas provas; todavia, se temerário o resultado, se requerida uma contraprova idônea, ou se alegado um fato extintivo em contrapartida, deverá o juiz aprofundar seu conhecimento, ou tentar conhecer o novo fato alegado; em não existindo tais embaraços, o juízo dos fatos poderá ser realizado normalmente.

Com efeito, para se evitar insatisfações com tal postura, parece necessário que, diante da inércia das partes na atividade instrutória, bem como da existência de mais de um meio propiciador do conhecimento fático, o magistrado opte pelo meio de prova que ofereça maior segurança em detrimento dos demais, o que, todavia, não invalida um julgamento fundado nas provas produzidas apenas pela partes, ainda que não exaustivas.

Tal posicionamento se funda, insista-se, no modelo de constatação inerente ao processo civil, ou seja, no grau de convencimento que o reconhecimento de um fato pressupõe no processo civil, grau este, diferente do processo penal, que, por lidar com valores mais relevantes, cria um ônus mais exigente e desigual para quem acusa<sup>338</sup>, conforme se exporá melhor ao final do trabalho, quando do exame do juízo probatório.

O que resta agora consolidar é que o juiz estará obrigado a produzir as provas necessárias ao conhecimento dos fatos, ainda que não tenham sido requeridas pela partes, sob pena de nulidade da sentença que rejeitá-los por ausência de provas, a ser sanada em segunda instância, mas tal dever não significa desequilíbrio processual, nem se identifica com a necessidade de esgotamento dos meios de prova, que, apesar de ser uma possibilidade aberta ao jurisdicionado se efetivamente apta a mudar o convencimento judicial, não poderá ser uma regra cogente, pois traduziria uma mitigação infundada da razoável duração do processo

---

<sup>338</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 44, nota 324.

pela caracterização de uma dilação indevida<sup>339</sup>, direito que também compõe o núcleo mínimo do processo justo, já que a sua inobservância “se traduz na prática em tornar inócua a própria garantia constitucional de ação”.<sup>340</sup>

Parece claro, que contra tal assertiva poderia se aventar a possibilidade de se conceder tutelas de urgência, que minorem as seqüelas causadas à razoável duração do processo, para se respaldar um dever de esgotamento das provas, o que, de fato, deverá ocorrer quando o interesse neste exaurimento for manifestado por uma das partes e tenha razoabilidade, entretanto, deve-se considerar que a idéia de razoável duração pressupõe um julgamento definitivo, pois “o direito de ação exige que o tempo para a concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano”.<sup>341</sup>

Quando o esgotamento dos meios de prova é requerido pela parte, deve-se avaliar a razoabilidade de tal pleito, ou seja, a capacidade ou a mera possibilidade que ele tenha para infirmar o conhecimento já produzido e, sendo este o caso, o valor razoável duração do processo deverá ceder frente aos valores contraditório e ampla defesa, ainda que já exista uma convicção judicial provisoriamente formada, conflito este, que poderá ser amenizado pela utilização das tutelas de urgência, dentro de um raciocínio ponderativo e de proporcionalidade.

Por outro lado, quando não houver requerimento da parte em tal sentido, a razoável duração não terá porque ceder ao contraditório e a ampla defesa, devendo, por isto, ser prestigiada em detrimento de atos que possuam mais probabilidade de ser estéreis do que produtivos, o que, insista-se, encontra agasalho no modelo de constatação civilista.

Em síntese, o que se quer dizer é que a parte tem o direito de esgotar os meios de prova, quando as provas pretendidas gozarem da mera possibilidade de mudar os rumos do convencimento judicial, mas tal esgotamento não se traduz num dever a ser observado pelo juiz.

---

<sup>339</sup> TUCCI, op. cit. p. 66-68, nota 335.

<sup>340</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. Garanzia costituzionale dell'azione. **Digesto delle Discipline Privatistiche** – Sezione Civile. 4ª ed., vol. VIII. Torino: UTET, 1992, p. 607-614, p. 613. Do original: “si risolvano in pratica nel rendere inoperante la stessa garanzia costituzionale dell'azione.”

<sup>341</sup> MARINONI, op. cit. p. 224, nota 40.

Da mesma forma, a instrução oficial quando inexistir qualquer prova ou prova verossímil, também não representa violação à razoável duração, por não se tratar de providência aparentemente desnecessária, mas sim imprescindível à realização de uma justiça substancial, ansiada por todo o organismo constitucional.

Obviamente que se poderá alegar que tais propostas nada resolvem, pois criam um vácuo enorme a ser complementado em cada caso concreto, para se saber se a prova foi verossímil ou não e, com isto, sobre a higidez da respectiva decisão.

Sem embargo, contra tal insurgência pode-se perguntar: o próprio juízo probatório não é algo altamente equívoco, que em muitos casos não permite consensos sobre a ocorrência ou não dos fatos alegados? Essa situação aporética não seria inerente ao Direito e a Justiça, como entidades abstratas e heterogêneas criadas pelo homem? Não seriam o contraditório, o dever de justificação e a recorribilidade das decisões, importantes armas contra essa vagueza geradora de insegurança? Então, que prejuízo adviria de tal proposta?

Apenas a ampliação do debate sobre a possibilidade de processos sofrerem atos de instrução em segunda instância para que a prova seja complementada, como dispõe o CPC no artigo 515, §4<sup>o</sup><sup>342</sup>, o que, por razões já expostas, não representa um prejuízo, mas sim um avanço, principalmente se equacionado com as tutelas de urgência nos casos pertinentes.

O propósito contido nos poderes instrutórios oficiais é o de eliminação das decisões que simplesmente aplicam a regra do ônus da prova, se conformando com uma denegação de justiça substancial decorrente de uma má instrução, mesmo existindo fontes de prova disponíveis.

A dúvida causada pela indefinição no exame concernente à verossimilhança ou não das provas, por ser algo inextricável do direito, será muito menos nociva que a insatisfação causada pela apatia e indiferença jurisdicional, problemas que já poderiam ter sido resolvidos, como há muito já se preconiza.

Além disso, o problema da dúvida também está presente no posicionamento que vê a atividade instrutória oficial como um instituto subsidiário e complementar, pois,

---

<sup>342</sup> BRASIL, op. cit. p. 670, nota 93.

como se verificaria objetivamente uma situação que demandasse tal atividade de modo supletivo? Será que o fato de uma prova duvidosa ter sido produzida por uma parte já autorizaria a instrução oficial e a sua inexistência não? O que seria então uma prova frágil?

A criação de uma possibilidade para o saneamento de decisões que olvidam os poderes instrutórios é muito mais legitimante, que o total embargo de tal possibilidade, sendo também mais confluyente com o direito fundamental de acesso à justiça, do que a complementação de toda e qualquer decisão que simplesmente não esgote os meios de provas.

Para se ter uma idéia mais concreta do que vem sendo abordado, acerca da insatisfação com juízos probatórios fundado no ônus da prova em sua acepção objetiva, pode-se trabalhar com os dois acórdãos abaixo colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70017271156  
SEXTA CÂMARA CÍVEL – REGIME DE EXCEÇÃO  
COMARCA DE TAQUARI.

APELANTE: PAULO ADELIO MIRANDA

APELADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE MENOR EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO. LESÕES NO OLHO DE ALUNO AO SE ENVOLVER EM ANIMOSIDADE COM COLEGA. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA DA ESCOLA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DOS DANOS MORAIS. ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO.

Estando o menor sob a tutela do Estado, já que o acidente ocorreu incontroversamente no interior de estabelecimento da rede estadual, a responsabilidade é objetiva do Estado. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Não restam dúvidas de que a diminuição da capacidade visual em razão do acidente e os inconvenientes por que passou o autor causaram-lhe sofrimentos passíveis de serem indenizados, visto que influíram tanto na harmonia psíquica do demandante, quanto em sua vida social. O dano moral existe in re ipsa, ou seja, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral.

Dano material afastado por falta de prova dos prejuízos. Improcedência mantida no ponto.

Apelo parcialmente provido, por maioria.<sup>343</sup>

---

<sup>343</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 6ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70017271156**. Apelante: Paulo Adelio Miranda. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. de 2008.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70020746632  
DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL  
COMARCA DE SÃO GRABRIEL  
APELANTE: ITAMAR DOS SANTOS FLECK  
APELADO: VALDI HELIO POLL  
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PERDAS E DANOS. DANO MORAL E MATERIAL AFASTADOS. DOCUMENTOS JUNTADOS COM A APELAÇÃO. NÃO CONHECIDOS.  
Os documentos juntados com a apelação não são considerados novos, pela acepção do art. 397 do CPC, e não podem ser conhecidos, pois além de não terem sido submetidos ao contraditório, não foram examinados pelo julgador de primeiro grau, suprimindo um grau de jurisdição.  
Não obstante a comprovação de que teve prejuízos, pois o simples fato de firmar contrato de arrendamento e não poder utilizar a terra, por impedimento de terceiro, por si só, é suficiente para caracterizar o dano.  
Porém, não há como condenar o réu, diante da falta da prova do quantum ou meios para se chegar ao prejuízo, ônus que competia ao autor, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC.  
Sentença improcedente.  
APELO PROVIDO.<sup>344</sup>

Conforme se pode observar, tais julgados são exemplos claros da indiferença com a qual são tratadas as lides pelos Tribunais, principalmente quando os julgadores, após negarem a tutela pretendida, consignam neles os meios de provas que poderiam ter sido produzidos diante de determinadas fontes, sem, contudo, determinar a sua produção.

O mais grave de tudo é que um dos julgados se refere diretamente à dignidade de um indivíduo, que em verdade é um menor, o que torna mais flagrante a indisponibilidade e essencialidade do direito discutido, contudo, ainda assim o Tribunal teve por bem simplesmente recusar a pretensão inicial, mesmo admitindo que a prova poderia ter sido produzida mediante exame pericial.

No segundo caso, espanta também a frieza e a apatia, apesar de se tratar de uma relação comercial, já que o Tribunal reconhece a existência de danos, bem como as fontes de prova, mas nada faz para oferecer uma decisão mais justa, de melhor qualidade; aliás, em tal julgado ele se remete expressamente às provas dos danos, produzidas por ambas as partes, mas persiste no entendimento de não satisfação do ônus probatório autoral.

---

<sup>344</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70020746632**. Apelante: Itamar dos Santos Fleck. Apelado: Valdi Helio Poll. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. de 2008.



Tudo isso, não há como se duvidar, contribui para um descrédito do Judiciário, tradutor de uma ilegitimidade decorrente da sua incapacidade de realizar o que se propõe<sup>345</sup>, ilegitimidade esta que abraça todo o Estado, já que a função jurisdicional é uma atividade estatal.

O direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa é escancaradamente aviltado nesses casos, já que tal direito, insista-se, pressupõe a efetiva realização de justiça, com o oferecimento da melhor decisão possível.

Diante de tais considerações, resta justificado o dever de realização da atividade instrutória oficial, dentro dos limites discutidos, mas sempre existente quando necessário, independentemente de já ter havido ou não alguma produção probatória pelas partes.

### **2.2.2 A inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova**

Tema que já foi objeto de investigação de inúmeros estudos, a inversão ou a distribuição dinâmica do ônus da prova constitui hoje, juntamente com os poderes instrutórios em geral, uma das técnicas processuais pertinentes à atividade instrutória de maior relevo e contato com o direito fundamental de acesso à justiça.

Os diversos trabalhos realizados sobre tal temática e referidos neste estudo enfrentaram questões tradicionais, como: o momento para a inversão do ônus, a necessidade de cumulação ou não dos requisitos legais, o significado do termo hipossuficiência e outras, que ainda hoje são objeto de debate nos mais variados âmbitos.

Sem embargo de se examinar tais pontos, a reflexão realizada por ora terá o seu foco mais direcionado para problemas de igual relevância e contato com o direito de acesso à justiça, mas menos explorados por essas pesquisas anteriores, tais como: deve a inversão do ônus da prova ser utilizada apenas nos casos que envolvam relação de consumo, já que somente para eles existe previsão legal? A

---

<sup>345</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 198-199 e 205, nota 113.

hipossuficiência, inteligida como carência de informações técnicas ou específicas, traz algum benefício efetivo para a respectiva parte, ou seria este um discurso inócuo? E, a inversão fundada apenas na verossimilhança, seria mesmo uma hipótese de inversão? Deveria ela se restringir apenas às causas que versem sobre relação de consumo?

Nesse cenário de questões, parece ideal um pequeno intróito que sedimente a presente visão sobre as técnicas em comento, para que as afirmações futuras possam ser fincadas em terreno mais sólido.

Destarte, parece importante se consignar que, para parte da doutrina, a inversão do ônus seria uma técnica distinta da distribuição dinâmica, não só por uma suposta diferença existente nos seus requisitos autorizadores e no seu âmbito de incidência<sup>346</sup>, como também, pelo fato de se entender, que no caso da distribuição dinâmica não ocorreria inversão, por inexistir um ônus previamente fixado, que pudesse ser invertido.<sup>347</sup>

Nesse caso, o ônus da prova seria distribuído, como o próprio nome diz, de maneira dinâmica e em cada caso concreto, de acordo com os seus matizes conformadores, a fim de que seja atribuído a quem tenha maior facilidade para satisfazê-lo.

Não obstante a razoabilidade aparente de tais argumentos sobre a suposta diferença entre inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, acredita-se que eles carecem de maior reflexão, pelas seguintes razões.

Primeiramente, porque não se enxerga uma diferença substancial entre os requisitos autorizadores para a distribuição dinâmica e para a inversão, ressalvada a hipótese de inversão com base na verossimilhança, que mais adiante será explicado que não constitui verdadeira hipótese de inversão, mas de fluxo natural do ônus da prova.

Dizer que a distribuição dinâmica tem como pressuposto a maior facilidade de uma parte para produzir uma determinada prova é o mesmo que dizer, que o ônus deve ser invertido tendo em vista a hipossuficiência de uma parte em face da outra, e isto,

---

<sup>346</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 75-76.

<sup>347</sup> CAMBI, op. cit. p. 341, nota 111.

porque já se encontra remansoso o entendimento de que a hipossuficiência não resta caracterizada pela pobreza da parte, mas sim pela capacidade de demonstração de suas alegações<sup>348</sup>, ou seja, de produzir uma determinada prova.

Ademais, será visto ao final deste tópico, que a suposta limitação legislativa a técnica da inversão do ônus da prova inexistente, razão pela qual não há que se falar em diferencia de abrangência entre a técnica de inversão e de distribuição dinâmica.

Além disso, dizer que no uso da distribuição dinâmica não há inversão do ônus por não haver uma fixação prévia deste, contradiz de maneira infundada a forte razão que norteia a regra genérica do ônus da prova, qual seja, a do interesse que motiva o autor a provar os fatos constitutivos, e o réu a provar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos, ou seja, de cada parte provar os fatos que lhes beneficiem.<sup>349</sup>

Aliás, há uma incoerência interna na fala que defende a ausência de uma regra prévia de distribuição do ônus da prova nos casos em que esta se dá de maneira dinâmica, porque, ao se fundamentar esta técnica na impossibilidade de uma parte cumprir o seu ônus tradicional e na possibilidade de que a outra o cumpra, parte-se necessariamente da premissa de que já existe um ônus previamente fixado de maneira desproporcional para àquele caso.

Destarte, o exame para se saber sobre a necessidade de se aplicar a distribuição dinâmica pressupõe um prévio exame das dificuldades que a parte terá para cumprir o ônus tradicional, permitindo-se concluir pela existência de um ônus prévio que poderá ser redistribuído conforme as características do caso; se isto não ocorresse, seria o mesmo que defender uma consequência sem causa.

Prova dessa contradição se extrai da mesma doutrina que advoga essa hipotética diferença conceitual entre inversão e distribuição do ônus, quando afirma que a regra tradicional do ônus da prova deve ser observada, mas não de maneira rígida, a ponto de inviabilizar a proteção dos direitos, senão, observe o que diz Suzana Cremasco:

---

<sup>348</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e Processo Civil: aspectos polêmicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 671, p. 32-39, setembro 1991, p. 35.

<sup>349</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 72-73, nota 325.

A carga dinâmica, por sua vez, não sofre limitações decorrentes de previsão legislativa e tem uma aplicação mais geral, voltada para todo e qualquer tipo de processo no qual o regramento estático se mostre insuficiente ou inadequado e desde que um dos litigantes tenha maior facilidade ou esteja em melhores condições de produzir a prova respectiva.<sup>350</sup>

Observa-se assim, que os próprios autores que defendem a tese da dicotomia existente entre inversão e distribuição dinâmica do ônus, falam que a regra geral será substituída pela distribuição dinâmica quando se mostrar insuficiente ou inadequada, de modo a permitir que se conclua, que primeiro deve-se tentar aplicar a regra geral, para num segundo momento, se constatada a hipossuficiência, se realizar a inversão ou a distribuição dinâmica.

Por outro lado, mostra-se acertado asserir, que a inversão com base na verossimilhança não é uma genuína inversão, mas sim um juízo probatório baseado numa redução do módulo de prova, que não inverte literalmente o ônus da prova, mas permite a sua fluência, da mesma forma quando se entende por demonstrado determinado fato.<sup>351</sup>

A inversão pressupõe a transferência do ônus de quem originariamente o tenha, para quem não o tenha; quando esta transferência decorre da verossimilhança dos fatos controvertidos, não se retira o ônus de quem o tenha, mas sim de quem o tinha e conseguiu satisfazê-lo, pela demonstração, com maior ou menor grau de certeza, dos fatos alegados.

Ultrapassadas tais questões é oportuno que se trace algumas sintéticas observações sobre divergências diuturnas, que há muito permeiam os debates na seara acadêmica e jurisdicional, o que passa a ser feito nos tópicos seguintes.

---

<sup>350</sup> CREMASCO, op. cit. p. 76, nota 346.

<sup>351</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 793-794.

### 2.2.2.1 O momento para a realização da inversão ou distribuição dinâmica

No atual cenário constitucional não se pode ignorar a necessidade da inversão do ônus ser manejada de forma a possibilitar ao novo onerado a produção da prova devida.<sup>352</sup>

Argumentos contrários existem no sentido de que a inversão seria mera regra de julgamento e não de procedimento, e que se as partes não têm certeza previamente de que o ônus será invertido, ao menos sabem da possibilidade dela ocorrer, cabendo-lhes a cautela de produzirem todas as provas acessíveis, sob pena de correrem o risco de uma decisão desfavorável.<sup>353</sup>

Esse pensamento, apesar de pertinente, por encontrar aparente respaldo no princípio da cooperação e da boa-fé processual, não deve prevalecer vez que, se é dever das partes envidarem todos os esforços para colaborar na formulação da melhor decisão possível, também é verdade que o juiz deverá adotar todas as medidas que outorguem ou possam outorgar mais qualidade a sua decisão.

Destarte, cabe se questionar: se o juiz pode anunciar previamente a inversão, permitindo a produção da respectiva prova, em flagrante prestígio ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal substantivo, por que não o fazer?

Sendo assim, apesar das partes deverem ser cautelosas na instrução das demandas, a constitucionalidade da decisão e, conseqüentemente, a sua chance de ser mais justa, aumenta quando o juiz adverte a parte sobre o seu novo ônus processual, e não apenas sobre a mera possibilidade de se invertê-lo, devendo indicar o fato que ela deverá provar<sup>354</sup>, além da fonte e do meio de prova a serem utilizados, tendo em vista que, do contrário, ela pode não perceber a possibilidade de inversão, ao menos com relação ao fato, a fonte e ao meio de prova respectivo, e

---

<sup>352</sup> BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. A defesa do consumidor em juízo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 5, p. 190-201, janeiro-março 1993, p. 197.

<sup>353</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 83-84, nota 325.

<sup>354</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 197, nota 352.

inclusive ser tolhida no direito de argumentar sobre a sua capacidade de produção da respectiva prova, prejudicando a segurança de uma presunção fundada em uma hipotética omissão, matéria que ficaria apenas para um recurso de apelação.

Para o processo, o que importa é a melhor decisão possível, ou seja, aquela que se baseie na versão fática mais próxima da verdade, de modo que, sendo expressa a inversão, estará resguardado tal objetivo, que do contrário poderia ser prejudicado por advogados que não produzem determinadas provas por não saber da possibilidade de inversão ou por achar que ela não ocorrerá e, assim, contam com a regra geral para não revelar provas contra seus clientes, conduta que, reprovável ou não, não deve ser apenada com uma inversão do ônus no julgamento, pois, insista-se, a melhor decisão possível interessa aos escopos jurisdicionais, assim como a satisfação em maior medida dos direitos constitucionais.

Assim, a inversão previamente anunciada, seja no saneamento, seja após toda a instrução, com a reabertura de oportunidade para o seu suprimento, como diz Carlos Roberto Barbosa Moreira, “a fim de que o fornecedor possa produzir a prova adequada a que se libere do novo ônus”<sup>355</sup>, prestigiará em maior medida o direito fundamental de acesso à justiça, que denota a necessidade de se utilizar de todas as técnicas tendentes a imprimir maior qualidade e efetividade às decisões judiciais, como dito na primeira parte do trabalho, estando compreendidos no núcleo do referido direito fundamental o contraditório e a ampla defesa, ou seja, os pressupostos de um processo justo ou de um devido processo legal.

Releva-se, que a situação acima descrita não será resolvida, caso o juiz realize apenas um advertência às partes, sobre a possibilidade de inversão, pois, nessa hipótese, além de permanecer uma situação de dúvida sobre a efetiva inversão e a presença de seus requisitos, justificadora de um comportamento omissivo fundado na regra geral<sup>356</sup>, não se terá indicado sobre qual fato a inversão incidirá, e nem mesmo a fonte e o meio de prova que deverá ser utilizado, o que se mostra indispensável, para que se reduza o risco de criação de uma *probatio diabólica*, ou seja, uma prova

---

<sup>355</sup> BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 22, p. 135-153, abril-junho 1997, p. 148.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 146.

impossível,<sup>357</sup> e para que o juiz possa presumir seguramente que a não produção da prova decorre da ausência de razão pela parte omissa.

Aliás, tal publicidade é uma exigência do legislador nos casos de exibição de documento ou coisa<sup>358</sup>, o que ratifica a sua necessidade para as hipóteses genéricas de inversão do ônus da prova.

Sem a explicitação na decisão que inverte o ônus, da fonte de prova e do meio de prova a ser realizado, que nada mais são do que a carga de informação e a forma de se extraí-la para o processo<sup>359</sup>, o magistrado demonstra não saber de que forma a comprovação do fato alegado poder ser efetivada e, com isto, corre o sério risco de criar uma inversão desproporcional, como no caso do preservativo rompido, em que o magistrado singular inverteu o ônus para que a fornecedora do produto demonstrasse se tal fato, que deu ensejo a uma gravidez inesperada, havia ocorrido ou não.<sup>360</sup>

Casos como esse exigem um juízo de verossimilhança preponderante, pela dificuldade de demonstração do fato alegado<sup>361</sup>, que é inerente a sua natureza e não recai de maneira mais suave sobre os ombros do fornecedor do produto, apesar de sustentar-se mais adiante, que o referido juízo de verossimilhança não deve ser utilizado apenas nos casos difíceis, mas sim como regra de julgamento na maior parte dos casos cíveis.

Retornando dessa breve divagação, nota-se autores que sustentam a impossibilidade de antes do juízo probatório final o juiz saber da presença dos requisitos autorizadores da inversão<sup>362</sup>, o que justificaria uma inversão apenas na sentença, contudo, não se apresenta correto tal posicionamento, já que a

---

<sup>357</sup> KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssima) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos ... In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951, p. 944.

<sup>358</sup> BRASIL, op. cit. p. 649, nota 93.

<sup>359</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 99.

<sup>360</sup> CREMASCO, op. cit. p. 17, nota 346.

<sup>361</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3 p. 158-159.

<sup>362</sup> GRINOVER et al, op. cit. p. 197, nota 351.

verossimilhança pode ser aferida pela leitura da inicial em cotejo com os elementos nela carreados, da mesma forma que acontece com o exame da hipossuficiência, mesmo porque, as máximas de experiência exercem papéis basilares para tanto, sendo certo ainda, que o juízo probatório pode se dar em diversos momentos, como no caso da tutela antecipada.

Registra-se, contudo, que se a inversão decorrer apenas da presença de verossimilhança na versão de uma das partes, o que na verdade se apresenta como um simples fluxo da carga probatória, não será necessária prolação de decisão prévia comunicando tal situação, nem indicando o fato, a fonte e o meio de prova respectivo, por inexistir qualquer situação excepcional surpreendente, de genuína inversão de incumbências, que deva ser informada a fim de se dirimir hipotéticas dúvidas, mas somente a ocorrência de um fenômeno processual que se efetiva em todos os processos, contenham eles partes hipossuficientes ou não, dependam de juízos de maior grau de convicção, como no âmbito penal, ou não.

#### 2.2.2.2 Inversão ou distribuição dinâmica do ônus e poderes instrutórios

Questão que poderia ser suscitada é a seguinte: os poderes instrutórios do juiz não suprimiriam a necessidade de utilização da inversão do ônus, na medida em que se poderia, ao invés de transferir o ônus, determinar a produção da prova?

A princípio parece que uma coisa não exclui a outra, primeiro porque ainda quando um juiz determina de ofício a produção de uma prova, está ele a inverter o ônus se a sua produção depender decisivamente da participação de uma parte inicialmente não onerada (como ocorre na exibição de documento ou coisa).

Observe que neste caso não basta o simples uso de poderes instrutórios, desacompanhado da técnica de inversão do ônus, mesmo porque, em caso de descumprimento de tal ordem, será necessária a imputação das conseqüências



deletérias pela não satisfação do respectivo ônus a alguém, de modo a permitir concluir-se, que a inversão está contida no âmbito dos poderes instrutórios.<sup>363</sup>

Todavia, hipóteses há em que a produção de determinada prova não depende da participação de alguma das partes, ou depende da parte originariamente onerada, quando então, haverá o manejo do poder oficial, sem que, todavia, haja a inversão do ônus, o que leva a crer, que a inversão do ônus é apenas uma vertente dos poderes instrutórios, um seguimento mais específico e com importância singular, a ponto de exigir o seu estudo em separado.

Além disso, registra-se que os poderes instrutórios oficiais não devem ser usados de maneira a exaurir as fontes de prova, como já afirmado acima, enquanto a inversão do ônus pode ter essa finalidade, quando, por exemplo, se pleiteia a inversão para se produzir uma contraprova, como no caso em que se exige a exibição de uma coisa para se demonstrar que o conteúdo de um documento não é verdadeiro.

Apesar de nessa hipótese a prova não ter sido produzida de ofício, o foi através do poder instrutório do juiz, que deve abranger a possibilidade do mesmo adotar providências, ainda que não oficiosas, com o alvitre de descobrir a verdade mais provável, inclusive impondo conseqüências graves pelo seu descumprimento.

### 2.2.2.3 O requisito necessário para o manejo da inversão ou distribuição dinâmica

Questão intrincada, sobre a qual se alicerça uma profunda divergência, é a relativa à cumulatividade ou não dos requisitos autorizadores do manejo da inversão do ônus da prova, quais sejam: a hipossuficiência e a verossimilhança, ambos, identificáveis com base nas máximas de experiência que permeiam a civilização<sup>364</sup>, a critério do magistrado, o que não significa que ele exercitará um poder discricionário, fundado

---

<sup>363</sup> CREMASCO, op. cit. p. 84 nota 346.

<sup>364</sup> TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza ... **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 121-155, p.145.

na oportunidade e conveniência<sup>365</sup>, mas sim, que decidirá uma questão controvertida sob o prisma do direito fundamental de acesso à justiça e do devido processo legal, a fim de não inviabilizar a proteção de direitos nem atribuir uma carga probatória excessiva e desproporcional a uma das partes em benefício da outra, como ensina Abelha Rodrigues, asserindo que:

Neste particular, o acesso aos meios de prova e a possibilidade de produzi-los no processo constituem um desses pilares do devido processo legal, sem o qual nega-se a própria existência da própria justiça.<sup>366</sup>

Para se enfrentar essa situação, precisa-se realizar uma análise crítica sobre o significado e o papel de cada um dos referidos requisitos, começando pelo da verossimilhança.

Como já dito acima, não se considera que a verossimilhança isolada importe numa genuína inversão do ônus da prova, mas sim num fluxo da carga probatória, que se transmite para o detentor da versão menos provável, diante de todo o material probatório produzido até o momento, o que deverá ocorrer, ainda que inexista hipossuficiência e, diga-se mais, ainda que seja possível a produção de outros meios de prova, que possam contribuir com a formação de um juízo fático mais seguro, ao contrário do que sugerem alguns estudos, que admitem tal técnica apenas de maneira excepcional, para litígios onde a apuração da verdade se mostre naturalmente e rigorosamente difícil.<sup>367</sup>

Segundo o pensamento dessa parcela de estudiosos, a técnica do julgamento fundado na preponderância de prova ou verossimilhança predominante, somente deveria ser manejada em casos onde a convicção plena sobre os fatos se mostre inviável em virtude das circunstâncias fáticas que os envolvem, pois, do contrário, haveria uma aparente e desnecessária violação ao valor segurança<sup>368</sup>, o que,

---

<sup>365</sup> GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, p. 33-41, janeiro-março 1995, p. 36.

<sup>366</sup> ABELHA RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova ... In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito Processual Coletivo** ... São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 244-253, p. 247.

<sup>367</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova ... **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 11-21, agosto 2007, p. 13-14.

<sup>368</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 271.

todavia, não se mostra condizente com o necessário tratamento isonômico que deve ser dispensado às partes, pilar que sustenta o modelo de constatação inerente ao processo civil<sup>369</sup>, como se verá na parte final do trabalho, e norteia a construção moderna do conteúdo do direito fundamental de acesso à justiça, do devido processo legal, ou do processo justo.

Exigir de uma parte, que realize todas as provas possíveis sobre determinado fato, pode se traduzir em iniquidade e perda de tempo, atos e dinheiro, já que, desta maneira, será tributado a ela um encargo desproporcional, gerador de um reprovável comodismo e de uma carga argumentativa sempre favorável a parte contrária, que, ao invés de realizar provas também, visando a contribuir com o esclarecimento dos fatos, como normalmente se espera de quem confia na sua versão, se apega à diuturna e indesejada alegação de ausência de provas, em manifesta contradição com o princípio da cooperação (art. 339)<sup>370</sup>, boa-fé, lealdade e solidariedade, que orientam o processo civil moderno.<sup>371</sup>

Além disso, por razões lógicas, o risco de injustiça que incide sobre um julgamento fundado na versão mais provável se mostra inferior, ao que incide num julgamento que refute a versão mais provável por não ter sido possibilitada a formação de uma convicção plena, e isto, sem falar na grande margem para arbitrariedades, que a chamada convicção plena propicia ao magistrado, que, querendo beneficiar uma parte, simplesmente decide em seu favor, justificando-se numa suposta insuficiência das provas produzidas pela parte contrária, sem fundamentar porque tais provas são efetivamente insuficientes e sem enfrentar o fato da parte beneficiada não ter produzido prova alguma, contando com o benefício da dúvida para que mais uma injustiça seja acobertada sob este manto.

Destarte, ao contrário do que diz parte da doutrina, pensa-se que o julgamento contrário a verossimilhança preponderante é que viola o valor segurança, por assumir um risco maior, de erro mais provável, ao compactuar com a versão menos verossímil, em manifesto e inútil desrespeito à razoabilidade e a proporcionalidade,

---

<sup>369</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 45, nota 324.

<sup>370</sup> CREMASCO, op. cit. p. 95-96, nota 346.

<sup>371</sup> Ibid., p. 73.

ou seja, ao devido processo legal substantivo, já que “o processo não é feito somente de certezas (haverá *certezas* no espírito do juiz?), mas sobretudo de *probabilidades e riscos* a serem racionalmente assumidos”.<sup>372</sup>

Nesse passo, já que a verossimilhança proporciona a fluência da carga probatória e não a sua inversão, por uma questão de coerência, adere-se à grande parcela da doutrina, que afirma ser possível a inversão do ônus fundada apenas na hipossuficiência, ainda que não seja possível se formar um juízo de verossimilhança sobre os fatos que fundamentam a pretensão inicial<sup>373</sup>, mas, desde que ao menos a situação jurídica de inferioridade reste verossímil e a inversão se mostre potencialmente eficaz, sem criar o fenômeno já mencionado da *probatio diabólica*, ou da prova diabólica, totalmente indesejada pelo Direito, que não teria qualquer razão para apenas inverter a desigualdade existente, como ensina Furtado Fabrício, ao afirmar que:

À debilitação do princípio dispositivo há de somar-se o correlato acréscimo de inquisitorialidade. Claro está, a dosagem dos meios de reequilíbrio entre litigantes desiguais tem de ser criteriosamente arbitrada e administrada, pois o que se objetiva é suprimir a desigualdade e não invertê-la.<sup>374</sup>

Não obstante, ousa-se discordar da acepção moderna empregada ao termo hipossuficiência, justificadora da inversão do ônus, pelas razões que passarão a ser expostas.

Como afirmado acima, atualmente o termo hipossuficiência possui uma acepção ampla, denotando não só uma dificuldade de dispor das fontes de provas necessárias, como também uma carência de informações técnicas ou específicas<sup>375</sup>, capaz de impedir uma atividade probatória satisfatória por parte do hipossuficiente, o

---

<sup>372</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: DINAMARCO, Candido Rangel et al (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114-127, p. 118.

<sup>373</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 141 e 149, nota 355.

<sup>374</sup> FURTADO FABRICIO, op. cit. p. 32, nota 148.

<sup>375</sup> GRINOVER et al, op. cit. p. 794-795, nota 351.

que, por conseguinte, prejudica o seu acesso à justiça, ou melhor, o acesso à uma ordem jurídica justa.<sup>376</sup>

Não obstante a aparente razoabilidade de tal inteligência do termo, propõe-se no ensejo uma reflexão sobre até que ponto essa latitude na compreensão da palavra pode ser realmente eficaz, trazendo concretos benefícios para o jurisdicionado.

Parece indiscutível, que a impossibilidade de uma parte de dispor de determinadas fontes de prova, como documentos, gravações de voz, de vídeo e demais materiais comprobatórios, implicará efetivamente uma hipossuficiência, ou seja, uma disparidade de armas, que deverá ser resolvida através de medidas práticas, que, nestes casos, invertam o ônus da prova<sup>377</sup>, impondo ao detentor da respectiva fonte de prova a responsabilidade pela sua apresentação, sob pena de se presumir verdadeira a versão fática afirmada pela parte contrária.

Percebendo a ocorrência de tais situações, aliás, Carnelutti já falava em seus estudos, da possibilidade de se transferir o encargo da produção de determinado meio de prova ao detentor da respectiva fonte, o que se faria com base no artigo 1.354 do Código Civil italiano, que permite a construção de presunção baseada no comportamento omissivo da parte.<sup>378</sup>

Outrossim, o legislador pátrio criou mecanismos, como o incidente de exibição de documento ou coisa, previsto no Código de Processo Civil, que pode ser manejado em qualquer procedimento, a fim de viabilizar o direito fundamental de acesso à justiça, desde que haja verossimilhança sobre a existência do respectivo material probatório.<sup>379</sup>

Esse ponto, aliás, merece relevo, pois externa a preocupação que o legislador tem e que vem sendo frisada, de evitar a já mencionada *probatio diabólica*, decorrente da criação de um ônus desproporcional com a inversão.

---

<sup>376</sup> SANTOS RODRIGUES, Marco Antônio dos. Apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 113-128, dezembro 1996, p. 119.

<sup>377</sup> HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no Direito Processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Vol. 389, p. 43-56, jan.-fev. 2007, p. 54.

<sup>378</sup> CARNELUTTI, op. cit. p. 561, nota 293.

<sup>379</sup> BRASIL, op. cit. p. 649-650, nota 93.

Diante desse cenário, percebe-se que para se realizar a inversão do ônus da prova deve restar caracterizada a probabilidade de o novo onerado possuir a referida fonte de prova, que detém toda a carga de informação necessária, o que conduz à conclusão de que a inversão deverá ser precedida pela identificação do fato a ser provado, da fonte de prova que se almeja trazer para o processo e, por conseguinte, do meio de prova apto a tanto, para que, somente em seguida, se possa inverter o ônus com segurança, anteriormente à decisão final, oportunizando a parte a apresentação do respectivo material probante, para que se profira a melhor decisão possível em seguida.

Destaca-se, portanto, a importância que os conceitos de fonte de prova e meio de prova terão novamente, agora para a precisão e transparência do referido raciocínio, concernente a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova.

Destarte, feita a análise do fato sobre o qual se pretende obter a inversão, serão identificadas as fontes de prova pertinentes, bem como os meios de prova aptos ao deslocamento dessas informações para o processo, quando então se verificará quem efetivamente tem condições de produzi-los, o que normalmente se dará no saneamento do processo, quando forem especificados os fatos controvertidos e determinada a produção de provas.<sup>380</sup>

Sem embargo, como dito, deverá ser avaliado se há verossimilhança nas alegações relativas à hipossuficiência, ou seja, se há probabilidade de existência da respectiva fonte de prova em poder exclusivo da parte contrária, o que passará pela identificação de algum vínculo jurídico entre as partes em contenda, bem como pelas regras de experiência, a fim de que não se efetive uma inversão descabida; insista-se apenas, no fato de que a verossimilhança nesta hipótese não deverá concernir ao fato constitutivo do direito, mas a própria existência daquela fonte de prova, ainda que se parta de uma presunção fundada em indícios e no que normalmente acontece, ou seja, nas máximas de experiência.

Ocorre que, se ampliado o significado do termo hipossuficiência, como propõe largamente a doutrina, se passará a admitir a inversão também nas hipóteses em

---

<sup>380</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 147, nota 355.

que ocorra uma carência de informação técnica ou específica por parte de um dos litigantes.<sup>381</sup>

Todavia, o que deve ser questionado é: de que modo a imposição do ônus de se provar a ocorrência ou não de um fato, à parte que detém maiores informações técnicas ou específicas, pode minorar os efeitos dessa disparidade? Neste caso, haveria alguma fonte de prova que esteja ou deveria estar na posse exclusiva da parte mais informada? Se existir, mas for ignorada por falta de conhecimentos técnico ou específicos, como se coagir uma parte a trazer informações que ninguém saiba da existência, impondo-lhe conseqüências graves pelo descumprimento, sem arriscar-se a criar uma *probatio diabolica*? Se existir e for benéfica à parte mais informada, ela já não trará tal informação de qualquer maneira para o processo, suportando os riscos de uma omissão caso lhe seja desfavorável?

Para respondê-las, deve-se ter em mente que em situações dessa natureza, onde há necessidade de investigação de fatos complexos, que envolvem conhecimentos técnicos especializados, mostra-se imprescindível o manejo de um exame pericial, a fim de que um *expert* da confiança do juízo possa muni-lo de informações pertinentes e confiáveis o suficiente, a ponto do magistrado se sentir preparado para decidir a querela.

Emergem daí as seguintes novéis questões: se a prova de tais fatos deverá ser produzida através de exame pericial, qual será a relevância da inversão do ônus? Será que a mera transferência do ônus de requerer a prova pericial à parte dotada de informações técnicas, será suficiente para equilibrar as forças no processo, ou será que tal técnica expõe apenas um discurso ingênuo, que não proporciona resultados práticos eficazes? Será que a nomeação de um perito e de um assistente técnico não têm idoneidade para equalizar tal distorção?

Muitas são as perguntas e perigosas são as respostas. Deve-se esclarecer que o objetivo de tal análise não é o de infirmar o posicionamento doutrinário dominante, aparentemente mais favorável ao consumidor, mas somente expor tal entendimento a uma antítese, que permita uma avaliação mais aguda da real eficácia de tal postura e a sua lapidação.

---

<sup>381</sup> GIDI, op. cit. p. 36, nota 365.

No ensejo, por não se conseguir responder a tais questões de maneira a convergir com o pensamento dominante, só se pode afirmar que a inversão fundada apenas na carência de informações técnicas ou específicas não se mostra correta, por aparentemente não satisfazer o fim ao qual ela se propõe, qual seja, o de eliminação da desigualdade causada pela carência de informações de uma parte, que deverá ser resolvida pela realização de uma prova pericial acompanhada por um assistente técnico.

Dessa forma, constata-se que o uso da técnica de inversão ou distribuição do ônus só será realmente útil, quando permitir o acesso a fontes de provas existentes ou presumidamente existentes, mas que não estejam acessíveis a uma das partes<sup>382</sup>, caracterizando-se, com isto, uma efetiva hipossuficiência, razão pela qual se falou no início, que para se fazer uso de tal técnica deverá haver um exame fundado em verossimilhança sobre a probabilidade de existência da fonte de prova.

Em convergência com o que vem sendo dito, Knijnik, citando lição de Barberio, ensina que:

Com efeito, de um lado, faz-se necessário, para evitar o arbítrio, que o litigante dinamicamente onerado se encontre em posição privilegiada. José Barberio, a propósito disso, questiona: “o que implica estar em melhores condições de produzir prova?”. A seguir, responde que tal pressuposto configura-se quando o “sujeito a quem se atribui a carga probatória revista um posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório e em face de sua contraparte. É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou do instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos mais acima, não teria”. É o caso típico do médico, em poder de quem se encontram o prontuário, os exames ou mesmo o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia.<sup>383</sup>

Nos casos em que a fonte de prova já esteja acessível, seja porque o produto defeituoso encontra-se nos autos, ou porque os efeitos do seu uso estão demonstrados, ainda que haja uma carência de informações técnicas ou específicas sobre a sua fabricação ou funcionamento, a inversão do ônus não se mostrará útil,

---

<sup>382</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 946, nota 357.

<sup>383</sup> BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: que se debe proba rel que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatórias dinâmicas**. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 101, apud KNIJNIK, op. cit. p. 947, nota 357.



pois, além de não ser eficaz na extração de informações que comprometam o fabricante do produto, que, via de regra, omite qualquer dado que lhe seja deletério contando com o benefício da dúvida, também não será profícua no oferecimento de informações confiáveis, que só poderão ser alcançadas mediante um exame pericial do objeto e dos efeitos causados pelo seu uso, não preenchendo, assim o requisito da atendibilidade, mencionado por Calamandrei quando ensinava que:

Do juízo preliminar a respeito da admissibilidade e da relevância (de direito) de um meio de prova, se distingue, como *tertium genus*, o juízo a respeito da atendibilidade (ou credibilidade) de fato, com o qual se tende a avaliar que confiança se possa ter na veracidade e boa-fé da alegação, e a prever qual poderá ser, se é admitida, o êxito da prova por assumir.<sup>384</sup>

Feitas essas considerações sobre o requisito necessário para o manejo da técnica em estudo, cabe apenas enfrentar questão amplamente colocada pela doutrina, concernente à possibilidade de utilização da técnica de inversão do ônus da prova além dos limites consumeristas, ou seja, em causas outras que não versem sobre relação de consumo, tema que será abordado no tópico que segue.

#### 2.2.2.4 A amplitude do uso da inversão ou distribuição dinâmica sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça

Como dito acima, a pseudo-inversão fundada na verossimilhança das alegações deverá ser manejada em todas as demandas cíveis, ao menos em regra, ressalvadas hipóteses mais complexas, em que se justifique um juízo de maior segurança em virtude das conseqüências que poderão decorrer do provimento jurisdicional<sup>385</sup>, tal como nas ações de destituição do pátrio poder.

Outrossim, a jurisprudência pátria já vem reconhecendo a possibilidade de se distribuir dinamicamente o ônus da prova, com base na ausência de possibilidade de produção de determinadas provas por parte de algum dos litigantes, o que, em

---

<sup>384</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 280, nota 143

<sup>385</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 38, notas 324

outras palavras, significa a inversão do ônus fundada na hipossuficiência, que vem ocorrendo em demandas trabalhistas, previdenciárias, e outras.<sup>386</sup>

Paradoxalmente, ainda se verifica em âmbito doutrinário posicionamentos tendentes a só admitir a inversão do ônus da prova em causas que versem sobre relação de consumo, ante a ausência de previsão legal que autorize uma amplificação do seu manejo<sup>387</sup>, o que se faz em total consonância com o legalismo acrítico denunciado na primeira parte deste estudo, pois do fato de só haver previsão legal expressa autorizando a inversão do ônus para casos envolvendo relação de consumo, não se pode concluir que em outros casos, que também exijam o uso dessa técnica, não se possa fazer uso dessa técnica, a fim de se suprimir eventual hipossuficiência e se prestigiar o acesso à justiça.

Para tais estudiosos, ao menos aparentemente, técnica processual seria sinônimo de conjunto de regras, o que destoaria totalmente de proposta aqui contida e de todo o contexto jurídico pós-positivista examinado (onde há um grande influxo axiológico humanístico, com uma roupagem normativa que lhe impõe aplicabilidade coercitiva)<sup>388</sup>, e os atos processuais só poderiam ser praticados mediante autorização legal, restando sem qualquer valia cláusulas como a dignidade humana, a isonomia, o direito de petição, a inafastabilidade da tutela jurisdicional e o devido processo legal, na sua acepção substantiva, que se identifica com a idéia de razoabilidade das normas jurídicas.<sup>389</sup>

Aliás, indo mais adiante, até mesmo as regras que impõem o regime de liberdade de forma no processo (art. 154 do CPC<sup>390</sup> e 765 da CLT<sup>391</sup>) e a proibição de omissão em casos lacônicos (art. 126 do CPC<sup>392</sup> e 5º da LICC<sup>393</sup>) seriam desprovidas de

---

<sup>386</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 34, nº 131, p. 51-63, jul.-set. 2008, p. 52-53 e 56-57.

<sup>387</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 140, nota 355.

<sup>388</sup> BARROSO, op. cit. p. 28-29, nota 2.

<sup>389</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 48, nota 48.

<sup>390</sup> BRASIL, op. cit. p. 628, nota 93.

<sup>391</sup> BRASIL, op. cit. p. 943, nota 118.

<sup>392</sup> BRASIL, op. cit. p. 626, nota 93.

qualquer valia para esse setor da doutrina, já que não há vedação explícita ao uso da inversão do ônus da prova em outros ramos do direito.

Não obstante, numa perspectiva instrumentalista e constitucional do problema, o manejo da técnica de inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra imperiosa, e não apenas como uma opção, já que permite a satisfação do anseio constitucional de proporcionar aos jurisdicionados um efetivo acesso à ordem jurídica justa, encontrando embasamento suficiente, portanto, nas normas abertas que permeiam o modelo constitucional de processo e consubstanciam o direito fundamental de acesso à justiça e o devido processo legal substantivo.

A inversão do ônus da prova não tem por justificativa apenas, o fato de o objeto demandado referir-se a uma relação de consumo, pois, se assim fosse, toda e qualquer demanda que versasse sobre tal relação já sofreria a aplicação automática de tal mecanismo, o que não ocorre.

A técnica em comento tem como propósito permitir uma efetiva proteção dos direitos, eliminando determinados óbices que inviabilizam esta promessa constitucional, sendo certo, porém, que a existência de tais óbices se faz extremamente comum nas relações de consumo, entretanto, podem ser verificados também em inúmeras outras situações, tais como: relação de emprego, comercial, tributária, previdenciária, família, em determinados casos versando sobre atos ilícitos e outros.<sup>394</sup>

Dessa maneira, a técnica de inversão ou distribuição do ônus deve ter o seu manejo limitado pelo seu próprio fim, ou seja, pela sua própria utilidade, que é a de proporcionar decisões mais justas, e não por questões formalistas, que ignoram o propósito de tal técnica e enxergam de maneira restritiva os textos normativos.<sup>395</sup>

Resta superada a concepção individualista e privatista do processo, típica de uma sociedade liberal absorvida pelos problemas de massa da pós-modernidade, que

---

<sup>393</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/1942. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 251.

<sup>394</sup> CAMBI, op. cit. p. 344-346, nota 111.

<sup>395</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

dependem hoje de um processo civil baseado em valores como solidariedade e cooperação<sup>396</sup>, a fim de que seus escopos instrumentalistas não sejam deteriorados.<sup>397</sup>

A identificação de uma situação de fragilidade de uma parte no processo, em virtude desta não poder dispor da fonte de prova necessária para o seu caso, exige que o juiz diretor, no modelo ora proposto, adote práticas objetivando elidir tal desequilíbrio, ou, se impossível, ao menos minorá-lo.

Registra-se que isso, nada tem a ver com insegurança jurídica, como apregoavam os defensores do ônus estático das provas há tempos atrás<sup>398</sup>; segurança jurídica jamais poderia ter seu significado reduzido a uma mera previsibilidade, principalmente, se de uma injustiça, ainda que gerada pela regra legal do ônus estático, pois nada haverá de seguro num contexto que ignore a proteção efetiva de direitos.

Foi-se o tempo em que o simples fato de haver uma previsão legal vista sob um panorama estrito, garantia segurança. Segurança hoje é saber que sua causa será decidida conforme os valores de justiça humana e constitucional, o que implica inexoravelmente uma distribuição ponderada e refletida dos ônus processuais em geral.<sup>399</sup>

Permitir que a parte tenha o seu hipotético direito violado, pelo fato dela não dispor de uma fonte de prova que se encontra em poder do outro litigante, sob o pálio de que somente nos processos que versem sobre relação de consumo se pode fazer o uso de tal técnica, significa impor um ônus desproporcional à essa parte, em flagrante violação ao devido processo legal substantivo, que, como visto, não significa a simples aplicação do procedimento legal, mas sim, um processo ético e

---

<sup>396</sup> ABELHA RODRIGUES, op. cit. p. 245, nota 366.

<sup>397</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17.

<sup>398</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 944-945, nota 357.

<sup>399</sup> Ibid., p. 945.

justo, que respeite os princípios constitucionais e prime pela razoabilidade e efetividade no plano material, para qual o processo é feito.<sup>400</sup>

Nesse panorama, a inversão ou a distribuição dinâmica do ônus deve ser enxergada como um consectário do devido processo legal e da necessidade ontológica de proteção dos direitos materiais.

Nesse contexto, Bedaque ensina que:

O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária "identidade ideológica entre processo e direito substancial", permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos. Nessa concepção axiológica de processo, como instrumento de garantias de direito, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça. Os princípios gerais do direito processual sofrem nítida influência do clima institucional e político do país.<sup>401</sup>

Se cabe ao juiz garantir um desenvolvimento processual sem desequilíbrio entre as partes (art. 125, I do CPC)<sup>402</sup>, não lhe é permitido negar a utilização da técnica em foco, sob o simples pretexto de faltar previsão legal específica, tendo em vista que a igualdade de armas pressupõe justamente a possibilidade de se alterar, em situações excepcionais, a distribuição do ônus da prova.<sup>403</sup>

Outrossim, se é permitida ao magistrado a adoção de atividades instrutórias tendentes ao descobrimento da verdade (art. 130 do CPC)<sup>404</sup> e, sendo a inversão do ônus uma vertente deste poder instrutório, como se concluir pela sua legítima obstaculização?<sup>405</sup>

Indo além, extrai-se ainda, mediante essa proposta de interpretação sistemática do CPC, a conclusão de que a inversão do ônus é plenamente possível na conjuntura atual e, isto, não só por causa do incidente de exibição de documento ou coisa e dos princípios de lealdade, boa-fé, cooperação e inquisitorialidade nele contidos, mas

---

<sup>400</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 20, nota 397.

<sup>401</sup> Ibid., p. 21.

<sup>402</sup> BRASIL, op. cit. p. 624, nota 93

<sup>403</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 947, nota 357.

<sup>404</sup> BRASIL, op. cit. p. 625, nota 93.

<sup>405</sup> CREMASCO, op. cit. p. 95, nota 346.

também porque o inciso II, do parágrafo único, do artigo 333 do CPC veda a inversão convencional do ônus, que acarrete a imposição de uma responsabilidade impossível de ser satisfeita<sup>406</sup>, o que permite concluir, que de igual modo, quando as circunstâncias fáticas tornarem impossível a demonstração de determinado fato por uma das partes, deverá ser invertida esta responsabilidade se a outra tiver possibilidade de assim proceder.<sup>407</sup>

Se a impossibilitação convencional de satisfação do ônus da prova deve ser evitada, não se enxerga razões que justifique um tratamento diverso para os casos em que a impossibilidade seja contingencial, decorrente das circunstâncias de cada caso concreto, valendo para tanto, inclusive, o antigo princípio da adaptabilidade.<sup>408</sup>

Por fim, deve-se ressaltar novamente, o cuidado que deve haver por parte do magistrado, para que não se transfira a responsabilidade de demonstrar algo impossível também para o outro litigante; nestes casos, não caberá inversão do ônus, como dito, mas apenas o seu fluxo, fundado num juízo de verossimilhança preponderante, como sói recomendar a doutrina tradicional<sup>409</sup>, juízo este que é aplicável como regra na maioria dos processos cíveis e não só nos difíceis.

Não obstante, se a outra parte tiver condições de produzir a prova concernente a determinado fato, deverá o juiz se valer de todos os mecanismos capazes de atender ao direito fundamental de acesso à justiça na maior medida do possível.

No atual Estado Democrático de Direito as diferenças devem ser reconhecidas e respeitadas, sem que isto importe em discriminação, de modo que todos os meios capazes de otimização do acesso à justiça devem ser curialmente utilizados e constantemente aprimorados, independentemente de previsão legal minuciosa, pois a inércia do legislador não pode redundar em violação a direitos, no atual paradigma pós-positivista.

---

<sup>406</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 944, nota 357.

<sup>407</sup> CREMASCO, op. cit. p. 97, nota 346.

<sup>408</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 60, nota 397.

<sup>409</sup> GRINOVER et al, op. cit. p. 793-794, nota 351.

### 2.2.3 A prova emprestada

Última técnica de otimização da atividade instrutória a ser criticamente relida no presente trabalho sob o prisma do atual paradigma humanístico dos Direitos Fundamentais, a utilização da prova emprestada permite ao magistrado e jurisdicionados incontestável economia de atos, dinheiro e tempo<sup>410</sup>, bem como a superação de obstáculos decorrentes da perda da fonte de prova<sup>411</sup>, razão pela qual ela se coaduna com o modelo constitucional de processo, cabendo, contudo, a necessária observância de alguns requisitos constitucionais, que abaixo serão abordados.

Dessa maneira, passa-se ao exame dos pontos de contato entre prova emprestada e direitos fundamentais, que serão analisados com enfoque nos seguintes preceitos: contraditório e ampla defesa, instrumentalidade, juiz natural, inafastabilidade da tutela jurisdicional, direito à intimidade (prova emprestada nos casos de segredo de justiça e interceptação telefônica lícita), identidade física do juiz, devido processo legal, acesso à justiça, ponderação e proporcionalidade.

#### 2.2.3.1 O elo entre prova emprestada, contraditório, ampla defesa e instrumentalidade

A prova emprestada nada mais é do que o traslado de um documento probatório (perícia, termo de oitiva de testemunha, de depoimento pessoal e até de inspeção judicial) de um processo para o outro<sup>412</sup>, a fim de que ele não precise ser nova e inutilmente produzido, ensejando demora e dispêndio desnecessário de atos e dinheiro.

---

<sup>410</sup> TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, nº 91, p. 92-114, julho-setembro 1998, p. 110.

<sup>411</sup> ARENHART; MARINONI, op. cit. p. 291, nota 368

<sup>412</sup> GRINOVER, op. cit. p. 62, nota 241.

Por meio da prova emprestada se faz o transporte de um documento materializador de uma prova não documental, que demandaria toda uma liturgia para ser novamente realizada, mantendo-se o seu valor original, ou seja, de prova testemunhal, pericial ou outro, conforme o caso.<sup>413</sup>

A prova emprestada, portanto, não será valorada como uma prova documental e, por razões notórias, ela não se prestará para evitar a reprodução deste meio de prova<sup>414</sup>, haja vista a desnecessidade de maiores esforços para a juntada de um documento, que exige apenas o respeito ao contraditório após a sua produção, o que também se faz pertinente para a prova emprestada<sup>415</sup>, que, todavia, exige a observância de alguns outros pressupostos.

Desse modo, o que se pode concluir com tais assertivas é que a realização de prova emprestada não poderá dispensar ou suprimir as garantias constitucionais e infra-constitucionais, que as partes normalmente gozariam caso a prova fosse originariamente produzida no processo que se visa abreviar.

Destarte, se a parte tem o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa no momento da produção de todas as provas no processo civil, não será por meio da prova emprestada que o referido direito fundamental poderá ser suprimido, ignorando-se a inexistência de contraditório na produção originária da prova.

Em verdade, é o contraditório que condiciona a possibilidade de se manejar a prova emprestada e não o contrário, não sendo suficiente, para a satisfação de tal direito, a mera abertura de vista a parte contrária após a produção do referido meio de prova<sup>416</sup>, apesar desta também ser uma exigência procedimental de validade.

Para que haja o devido respeito ao contraditório e a ampla defesa no manejo da prova emprestada, faz-se imperioso que a parte adversária daquela que traz para o feito este meio de prova, tenha participado de sua concepção, com ampla possibilidade de interferir na sua elaboração (direito ao contraditório e a ampla

---

<sup>413</sup> Ibid., p. 62.

<sup>414</sup> TALAMINI, op. cit. p. 94, nota 410.

<sup>415</sup> Ibid., p. 102.

<sup>416</sup> GRINOVER, op. cit. p. 59, nota 241.



defesa), como ela naturalmente teria se a prova fosse produzida pela primeira vez no processo em que litiga.

Deve-se registrar no ensejo, que por ampla defesa se entende uma potencialização do contraditório, com a fixação de sua necessária observância durante todo o desenvolvimento do processo e não somente após a citação.<sup>417</sup>

Sendo assim, não pode uma parte trazer para um processo uma prova emprestada, se o seu adversário não tiver participado da produção seminal do ato, em contraditório.

Nesse momento, algumas observações devem ser registradas.

Primeiramente, deve-se alertar que o fato de uma parte não ter exercido efetivamente o seu direito ao contraditório, quando intimada a fazê-lo no momento da concepção de uma prova, não significa um obstáculo ao empréstimo desta mesma prova em processo futuro<sup>418</sup>, a não ser que, por exemplo, se trate de processo penal, onde o contraditório tem de ser sempre efetivado e não apenas oportunizado.<sup>419</sup>

Se o uso dessa técnica fosse pensado de maneira reducionista, se estaria prestigiando aqueles que tratam com desídia os atos processuais, em detrimento daqueles que acompanham detidamente toda a sua marcha, em escancara inversão de valores.

Além disso, se estaria contrariando o velho brocardo latino, que veda a possibilidade de alguém se beneficiar da própria torpeza.

Por outro lado, alguém poderia dizer que tal pensamento enseja surpresas desagradáveis à parte que não quis acompanhar um ato processual em determinado feito, mas se interessou no trâmite de outro processo, que, por exemplo, poderia resultar em conseqüências mais graves, o que, insista-se, procederá nos casos de

---

<sup>417</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 347.

<sup>418</sup> CAMBI, op. cit. p. 54-55, nota 111.

<sup>419</sup> TALAMINI, op. cit. p. 97, nota 410.

empréstimo de provas para demandas penais, por exemplo, onde o contraditório tem de ser não só oportunizado, mas efetivado.

Não obstante a razoabilidade de tal tolerância para o âmbito penal e para alguns casos cíveis de direitos indisponíveis, ninguém pode alegar no ordenamento jurídico pátrio o desconhecimento do direito para se furtar ao seu cumprimento, de modo que, no âmbito civil ordinário, nesses casos de desídia processual de uma parte quando da produção de uma prova, não poderá esta alegar o desconhecimento da possibilidade de tal prova ser utilizada de maneira emprestada em outro processo, porquanto o seu não comparecimento ao ato processual terá sido consciente.

Nesse plano, cumpre esclarecer que a afirmativa acima não se incompatibiliza com a assertiva feita a respeito da necessidade de intimação prévia sobre a inversão do ônus da prova, já que nos casos de inversão se defende a intimação para que seja possibilitada a parte a produção da prova, enquanto agora se defende a desnecessidade de reprodução de provas já produzidas em outros processos e a possibilidade de seu empréstimo para demandas em trâmite, quando a parte, mesmo tendo a oportunidade de participar de sua formação originária, abdica de tal direito.

Observa-se que em um caso se defende a oportunidade de se produzir a prova pela primeira vez, enquanto no outro caso se defende a utilização de prova já produzida, na qual a parte não quis interferir mesmo sabendo do seu direito a tanto.

A vida em uma sociedade democrática impõe que as pessoas tenham responsabilidades e, portanto, suportem as conseqüências lícitas de seus atos e omissões conscientes.

Não obstante, nos casos de transporte de provas de ações penais para cíveis, esse tipo de problema não ocorrerá, já que nessas situações, sendo o efetivo contraditório indispensável, ele será exercido mesmo com a desídia do acusado.

Ainda nessa seara, de observância do contraditório e da ampla defesa para a produção de prova emprestada, registra-se a plena aplicabilidade da instrumentalidade das formas, de modo a permitir, que mesmo não tendo participado do contraditório anterior, a parte possa se beneficiar de uma prova produzida

originariamente em contraditório apenas com o seu adversário<sup>420</sup>, independentemente de quem leve tal prova para o segundo processo, razão pela qual, se percebe que, antes da prova emprestada ser refutada por inobservância do contraditório na sua formação, deverá o magistrado analisar seu conteúdo e, se for o caso, admiti-la.

Seguindo esse caminho, pode-se afirmar ainda, que mesmo sem ter participado do contraditório na formação da prova a ser emprestada, se a parte requer o seu empréstimo, sofrerá as conseqüências deste ato, ainda que lhes sejam desfavoráveis, como explica Talamini, ao afirmar que:

Já no processo civil, em que a regra geral é a disponibilidade das posições processuais, tem de ser outra a solução. Se a própria parte a quem a prova desfavorece requereu seu empréstimo (ou não o impugnou), fica afastado o óbice de ela não haver participado em contraditório do processo anterior.<sup>421</sup>

Se isso ocorrer, ou seja, se uma parte requerer a juntada de uma prova que lhe prejudica e da qual não participou, ainda que a outra parte também não tenha participado em contraditório da formação de tal prova, ela deverá ser admitida, salvo se duvidoso o benefício desta última parte, revelando-se, com isto, outra faceta da instrumentalidade das formas, que ratifica a necessidade de um juízo probatório antes da admissão ou não da prova emprestada.

Isto porque a prova não é das partes e sim do juízo<sup>422</sup>, e do mesmo modo que uma parte pode não exercitar o contraditório no processo civil de direitos disponíveis, mantendo-se inerte e revel, poderá ela também não o fazer na hipótese supra referida.

O mesmo raciocínio se aplica, conforme visto, ao caso em que se requer a produção de prova emprestada, concebida em sua origem sem a observância do contraditório contra o atual adversário e, intimado este para se manifestar, mantém-se silente<sup>423</sup>, permitindo-se concluir, que ele próprio não tem interesse numa reprodução da prova.

---

<sup>420</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 98, nota 325.

<sup>421</sup> TALAMINI, op. cit. p. 105, nota 410.

<sup>422</sup> CAMBI, op. cit. p. 319, nota 111.

<sup>423</sup> TALAMINI, op. cit. p. 105, nota 410.

Nesse contexto, percebe-se que mesmo quando a prova emprestada puder violar hipoteticamente o direito ao contraditório de uma das partes no processo, deverá o juiz antes de inadmiti-la, intimar a respectiva parte para se manifestar sobre o seu direito de reproduzir tal prova em contraditório, já que o exercício deste valor se encontra dentro da esfera de autonomia da parte, dependendo dela para se concretizar, ressalvados os casos penais e alguns casos cíveis de direitos indisponíveis.

Deve-se esclarecer, contudo, que isso não faz da ausência de contraditório uma mera nulidade relativa, mas apenas possibilita o aproveitamento do ato viciado com base na inutilidade da repetição do mesmo ato, uma vez que não teria sentido a repetição pela mera repetição, ou seja, sem qualquer outra finalidade e utilidade, de modo que, quando a parte a quem beneficiar o contraditório não se manifesta mesmo após ser intimada a tanto, deve-se considerar que a própria entende ser desnecessária a repetição do ato específico, tornando inútil uma nova produção sem a sua participação.

Por mares de consenso, falando da possibilidade de aproveitamento dos atos que padecem de vícios de ordem pública, que não se tornam nulidades relativas só por causa desta prática, como no caso da citação defeituosa que não é alegada pela parte que comparece e se defende normalmente, Bedaque ensina que:

À exceção da competência, todos os demais pressupostos processuais visam à proteção das partes, inclusive a própria citação, cuja finalidade é possibilitar ao réu o exercício do direito de defesa. Nem por isso a não-observância de requisitos inerentes a esse ato causa nulidade relativa. É absoluta, mas passível de ser relevada se não causar prejuízo à parte interessada.<sup>424</sup>

Percebe-se que o magistrado continua tendo o dever de conhecer da ausência de contraditório de ofício, como ocorre com as nulidades absolutas, mas não para automaticamente indeferir o ato viciado, e sim para deixar que a parte prejudicada diga sobre a sua necessidade, já que, no final das contas, a repetição da prova em contraditório dependerá inevitavelmente do seu interesse em exercitá-lo.

Dizer que o contraditório terá de ser exercido obrigatoriamente nesse caso, independente da vontade da parte que dele se beneficiaria, é cair num paternalismo

---

<sup>424</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 204, nota 48.

demasiado, que faz sentido no âmbito penal, onde se tutela o valor liberdade, mas mostra-se impertinente em questões cíveis que versem sobre litígios patrimoniais.

Dessa maneira, somente se a prova emprestada, originalmente produzida sem a observância do contraditório, for admitida sem que o prejudicado seja intimado expressamente para requerer a repetição do ato, é que este restará nulo.

Nota-se, portanto, que não se compartilha da idéia de inexistência da prova produzida em violação ao contraditório, considerada como prova ilegítima por inobservar as normas constitucionais processuais que lhe disciplinam, como sói afirmar a doutrina tradicional.<sup>425</sup>

Tal entendimento enrijece desnecessariamente os rumos do processo, causando inolvidáveis prejuízos aos seus escopos, sem contrapartida alguma, em nome de uma lógica formal avessa a argumentação e a razoabilidade jurídica, devendo-se registrar, que o direito deve servir ao homem e não o homem ficar escravizado por um suposto direito, aparentemente lógico e coerente, mas substancialmente injusto, por ser imprestável a resolução mais plausível dos casos concretos.

### 2.2.3.2 Prova emprestada e juiz natural

Avançando no debate cumpre-se trazer à baila o posicionamento que enxerga no princípio do juiz natural, um impedimento ao uso de prova emprestada, produzida originariamente por juiz incompetente para o julgamento da causa para a qual se está a emprestar a prova.<sup>426</sup>

Os partidários de tal postura entendem, acertadamente, que o princípio do juiz natural possui uma dupla finalidade, qual seja: evitar tribunais de exceção, e garantir o direito da parte ser processada e julgada pelo juiz competente<sup>427</sup>, mandados que

---

<sup>425</sup> GRINOVER, op. cit. p. 125-126, nota 291.

<sup>426</sup> Ibid., p. 126.

<sup>427</sup> GRINOVER, op. cit. p. 58, nota 241.

estão intimamente conectados, já que a vedação à tribunais de exceção impõe a criação de uma competência prévia a ser observada.

Sem embargo de tal amplitude, considerar o uso de prova emprestada como violador do princípio do juiz natural, se tal prova tiver sido produzida por juiz incompetente para o processo ao qual ela será cedida, seja esta incompetência constitucional ou infra-constitucional, é conotar à norma em questão um sentido que ela não possui.

O simples fato de ser utilizada uma prova emprestada, produzida por um juiz incompetente para o julgamento do processo ao qual se está a emprestar a prova, não significa violação ao direito da parte de ser processada pelo juiz competente, num processo instaurado e que tramite perante ele.

O ato de se aproveitar uma única prova não pode ser confundido com o ato de se processar alguém, que é algo muito mais complexo do que produzir uma prova.

O juiz que produz uma prova emprestada não está dirigindo o processo para o qual ela será trasladada, ou seja, não está processando as partes neste caso nem suprindo a atividade intrutória do juiz competente, que sempre poderá reproduzir a respectiva prova se for necessário para a eliminação de dúvida na formação do seu convencimento.

O que ocorre quando há o empréstimo de prova, é apenas o fornecimento de elementos probatórios já coligidos, o que é mais simples e não possui vedação constitucional, por significar apenas uma fração de todo o processo, não havendo, por isto, processamento por juiz incompetente.

Além disso, se a prova produzida por juiz incompetente pode ser aproveitada em processo remetido ao juízo competente, tendo nulificados apenas os seus atos decisórios, do mesmo modo se deve aproveitar a prova emprestada produzida por juiz incompetente para o segundo processo.<sup>428</sup>

Outrossim, caso procedesse esse suposto obstáculo imposto pelo juiz natural, deveria ser considerado inconstitucional também, o aproveitamento da coisa julgada penal sobre a esfera civil, já que, nesta situação, a coisa julgada utilizada na seara

---

<sup>428</sup> TALAMINI, op. cit. p. 99-100, nota 410.

cível terá decorrido do processamento e julgamento da parte perante um juízo sem competência para causas não penais, o que seria agravado, se tal trânsito em julgado se formasse na Justiça Federal, e o seu aproveitamento civil se desse na Justiça Estadual, como pode ocorrer.

### 2.2.3.3 Prova emprestada a inafastabilidade da tutela jurisdicional

Em equívoco parecido, incorrem aqueles que afirmam violar a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional o uso de provas produzidas fora da jurisdição, em processo administrativo, inquérito policial ou no âmbito da arbitragem<sup>429</sup>, e isto, porque o fato da prova não ter sido produzida em juízo não significa que ela não possa ser reproduzida, invalidada ou adequadamente valorada pelo magistrado, conforme o seu entendimento sobre ela.

A inafastabilidade da jurisdição significa que ninguém pode ser impedido de obter do judiciário a adequada tutela do direito lesado ou ameaçado<sup>430</sup>, obstáculo este que não passa a existir pelo fato de ser admitida uma prova emprestada produzida extrajudicialmente.

A inafastabilidade restaria prejudicada se no âmbito judicial fosse vedado o exame do juiz, sobre a admissibilidade, relevância, pertinência e atendibilidade da prova, ou ainda, se fosse vedada a livre convicção motivada sobre tal elemento, o que não ocorrerá.

Caso o magistrado entenda que a prova não poderá ser aproveitada, pela existência de alguma circunstância que o faça suspeitar de sua higidez, ele terá o dever de, motivadamente, afastar, repetir ou valorar adequadamente a respectiva prova, conforme as possibilidades do caso em concreto, poder este que ele terá, diga-se de passagem, mesmo quando a prova emprestada for oriunda de processo

---

<sup>429</sup> Ibid., p. 100-101.

<sup>430</sup> BEDAQUE, op. cit. p.74, nota 39.

jurisdicional, em virtude do princípio inquisitivo, expressamente consagrado em no diploma processual brasileiro, como já visto nos tópicos acima.

Só haveria violação ao princípio da inafastabilidade, se fosse proibido ao magistrado mandar repetir ou inadmitir motivadamente a prova emprestada produzida extrajudicialmente, ou ainda, se lhe fosse tolhida a possibilidade de dar a ela o valor adequado, levando em conta determinada contingência, o que não é o caso.

Desse modo, o simples fato da prova ter sido produzida extrajudicialmente não significa violação a inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois, insista-se, esta se manterá disponível, em tais hipóteses, para se examinar a legalidade e se atribuir o adequado valor a respectiva prova, mandando-se repeti-la se necessário e possível.

Desde que tenha havido o devido contraditório, não há razoabilidade no não aproveitamento de provas produzidas em processo administrativo, por exemplo, mesmo porque, em tal esfera devem ser observados todos os cânones do devido processo legal<sup>431</sup>; a mesma afirmação se aplica a arbitragem, que tem de ser exercida por árbitro imparcial e escolhido pelas partes.<sup>432</sup>

Em determinadas situações, pode ser que uma prova produzida em inquérito policial não possa ser aproveitada, mas isto, não em virtude da esfera onde ela foi produzida, e sim por eventuais inobservâncias ao contraditório e a ampla defesa; não obstante, quando os direitos fundamentais do acusado forem devidamente respeitados, mesmo a prova produzida em inquérito policial poderá ser emprestada.

Tais afirmações encontram guarida, inclusive, em julgado do STF, que enxergou no contraditório o único requisito de validade para a prova emprestada.<sup>433</sup>

---

<sup>431</sup> BRASIL, op. cit. p. 13, nota 31.

<sup>432</sup> BRASIL. Lei Federal nº 9.307/96. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 818-819.

<sup>433</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328138/MG. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgamento:16/09/2003, órgão julgador: Primeira Turma, recorrente: Ana Paula Câmara Dantas, recorrido: Ministério Público Estadual, publicação: DJ 17-10-2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso 17 de nov. 2009.



#### 2.2.3.4 Prova emprestada, segredo de justiça e direito à intimidade

Outra questão muito polêmica acerca da prova emprestada concerne à possibilidade desta ser oriunda de processo que tramite sob segredo de justiça, ou ainda, sobre a possibilidade de se tomar emprestada para o âmbito cível, interceptação telefônica realizada pelo juízo penal.

Em ambos os casos, aqueles que se opõem ao uso da técnica, sustentam-se no direito à intimidade, bem como na ausência de previsão legal que autorize o uso de interceptação telefônica no juízo cível.<sup>434</sup>

No que tange a primeira hipótese, para parte da doutrina a obtenção legal de uma prova emprestada de um processo sigiloso só poderia ocorrer se as partes neste envolvidas fossem as mesmas partes do processo que receberá a prova.<sup>435</sup>

Havendo alguma parte diferente, ou litisconsórcio no segundo processo, a prova emprestada só poderia ser aceita se fosse requerida por aquele que terá sua intimidade violada, ou se este, depois de ouvido, não apresentar qualquer oposição, já que, do contrário, terá havido quebra de sigilo no processo anterior, o que tornará a prova emprestada ilegal e inadmissível, ressalvada a hipótese excepcional de admissão após o exercício de uma ponderação de valores.<sup>436</sup>

Sem duvidar da qualidade de tal raciocínio, mas sem livrá-lo de uma releitura crítica, deve-se consignar que não é enxergado obstáculo algum ao empréstimo de prova oriunda de processo que tramite sob segredo de justiça e, isto, não porque se despreze o valor intimidade, expressamente protegido pela constituição pátria e imanente a idéia de dignidade, mas porque o sigilo judicial serve para impedir que as informações de determinado processo ganhem o conhecimento de pessoas estranhas às partes envolvidas na relação jurídica de direito material litigiosa

---

<sup>434</sup> TALAMINI, op. cit. p. 107-108, nota 410.

<sup>435</sup> Ibid., p. 107-108.

<sup>436</sup> Ibid., p. 109.

Dessa maneira, conclui-se que, surgindo outra demanda, envolvendo outras partes, onde se discuta o mesmo fato ou conjunto de fatos discutido em processo anterior, não haverá como se restringir o empréstimo de prova com base no segredo de justiça, da mesma forma como não seria possível se indeferir a produção da prova por envolver questões íntimas, sob pena de se criar um indevido obstáculo ao acesso à justiça.

Ninguém pode impedir a investigação de um fato litigioso, sob o argumento de se violar a intimidade de uma parte; o que o sistema prevê, é a limitação de determinados meios de prova, como a interceptação telefônica, que se manejados indistintamente podem difundir grave e incontrollável afronta a direitos individuais, mas não há limitação a cognição fática.

Destarte, se o mesmo fato íntimo apurado em um processo, disser respeito a litígio envolvendo partes distintas em outro processo, o que dificilmente ocorrerá na prática, não há como se pensar em vedação ao empréstimo de prova, pois tal óbice apenas obrigaria a reprodução inútil de uma prova já produzida ou geraria uma limitação cognitiva, insista-se, nitidamente violadora do acesso à justiça.

Nesses casos deverão ser analisadas a relevância e a pertinência da prova; verificados tais requisitos, concernentes à necessidade de produção desta, ela poderá ser emprestada, ainda que oriunda de processo sigiloso, da mesma forma que ela teria de ser originariamente produzida caso não tivesse sido realizada em qualquer outro processo.

Na hipótese da prova emprestada se tratar de interceptação telefônica lícita, a ser trasladada para demanda cível, muitos afirmam que seria inadmissível, tendo-se em vista a excepcionalidade dos casos para os quais a lei autoriza a produção deste meio de prova, que só caberá para a investigação de crimes que exijam o uso de tal recurso.<sup>437</sup>

Sustenta-se então, um temor relacionado às conseqüências que tal procedimento poderia acarretar para a sociedade, com uma suposta banalização de tal recurso, preocupação que parece completamente infundada.

---

<sup>437</sup> Ibid., p. 108.

Se a invasão da intimidade de um indivíduo já fora perpetrada pelo Estado, tendo isto ocorrido de maneira lícita, ou seja, com base em autorização judicial prévia, não há porque razão se apegar a um moralismo, que tenha o objetivo de manter íntegro o que já foi rompido.<sup>438</sup>

A intimidade daquele que tem suas conversas telefônicas interceptadas já terá sido restringida no processo criminal que tramite contra tal sujeito; diante dessa situação, não há alternativa mais razoável que o aproveitamento da respectiva prova, pois neste caso, não haverá nova incursão na intimidade alheia, não sendo realizados novos procedimentos invasivos, de excepcionalidade, sendo certo ainda que a degravação das conversas telefônicas restringe-se ao objeto litigioso.<sup>439</sup>

A quebra do direito à intimidade se dá com a realização da interceptação telefônica em si, e não com o seu traslado para o processo civil, que ocorrerá de maneira restrita a matéria pertinente, tramitando o feito a partir daí, se for o caso, sob sigilo de justiça.

Dizer que uma informação concernente a um fato litigioso pertence à intimidade de alguém, mesmo havendo um direito material ao qual o fato se subsuma, é o mesmo que dizer que tal fato não poderá ser objeto de uma demanda judicial, restringindo-se assim o acesso à justiça.

Sem embargo do que foi dito, mostrando-se dispensável o traslado de interceptação telefônica, pelo fato de já existir material probatório satisfatório no segundo processo, por uma questão de proporcionalidade tal empréstimo deverá ser indeferido, não por uma questão de intimidade, mas para que não se pratiquem atos desnecessários.

---

<sup>438</sup> GRINOVER et al, op. cit. p. 196, nota 291.

<sup>439</sup> Ibid., p. 193.

### 2.2.3.5 Prova emprestada e identidade física do juiz

Como última oposição diagnosticada em sede doutrinária ao instituto da prova emprestada, existe ainda o argumento baseado no princípio da identidade física do juiz, tradutor do princípio da oralidade e, porque não dizer, do próprio acesso à justiça.<sup>440</sup>

Lastreados em tal princípio, alguns afirmam que a prova emprestada impossibilitaria a elaboração de impressões pessoais que normalmente se dão na atividade instrutória, trazendo prejuízo, por consectário, ao direito a um julgamento mais ponderado e inteirado de todas as circunstâncias fáticas que permeiam o litígio.

Apesar de pertinente, tal discurso não deve prevalecer, por razões que lhe infirmam e sobrepõem-se a ele, seja por demonstrar que o suposto benefício mencionado é duvidoso, seja por demonstrar que ele, ainda que existente, não pode ser alcançado a qualquer custo, sendo relativizado pelo próprio legislador em inúmeras situações.

Por esse rumo, urge salientar primeiramente, que é altamente equívoca a afirmação que atribui à identidade física do juiz o condão de aprimoramento da impressão judicial sobre os fatos controvertidos, tendo em vista os preconceitos que são acobertados por um juízo sobre as circunstâncias indiciárias de um depoimento.

Poderia se sustentar, que pode haver uma omissão ou contradição mal resolvida numa prova emprestada, que prejudique o julgamento da segunda causa, todavia, para esses tipos de casos existe a possibilidade, ou melhor, o dever judicial de se reproduzir a prova, se for possível e puder realmente contribuir para a formação de uma convicção mais sólida, o que será feito com alicerce nos poderes instrutórios oficiais.

Além disso, sem falar na possibilidade da prova ser filmada, registra-se que cabe ao magistrado, que toma o depoimento de uma parte ou testemunha, evitar que omissões ou contradições em sua fala se perpetuem, cumprindo-lhe ainda consignar em ata qualquer fato relevante ocorrido em audiência, que possa, associado a

---

<sup>440</sup> TALAMINI, op. cit. p. 97-98, nota 410.

outras informações, contribuir para a valoração da respectiva prova<sup>441</sup>, tais como: aparente temor que a testemunha apresente ao falar de determinado assunto, na frente de determinada pessoa, falando sempre de cabeça baixa, de maneira reprimida e demorada, ou seja, demonstrando coação ou insegurança.

Por fim, cumpre ressaltar que o próprio legislador prevê inúmeras situações em que a identidade física do juiz será mitigada, tais como: no caso de precatória ou rogatória, no caso de julgamento pelo Tribunal de Justiça em sede recursal, na hipótese de aproveitamento de provas produzidas por juiz que posteriormente se declare, ou, seja declarado incompetente<sup>442</sup>, além das inúmeras outras exceções previstas expressamente no próprio dispositivo que preceitua o referido princípio.<sup>443</sup>

Entre a alta e incontestável economia que a prova emprestada efetivamente traz para o processo, em total sintonia com a razoável duração deste, o que é objeto de anseio por parte de todos os jurisdicionados brasileiros, e a suposta segurança que a identidade física pode trazer em alguns casos, quando a própria lei não excluir a sua observância, não há como se recusar que o sistema constitucional processual respalda a prova emprestada, como corolário do próprio devido processo legal substantivo, já que esta técnica não representa um decréscimo em segurança, pois não suprime os poderes instrutórios do juiz, que, sentindo-se insatisfeito, deverá aprofundar seu conhecimento.

Não há razoabilidade na reprodução inútil de uma prova e o próprio direito fundamental de acesso à justiça tem no fator tempo um importante critério de definição.

---

<sup>441</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 183, nota 303.

<sup>442</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 97, nota 325.

<sup>443</sup> BRASIL, op. cit. p. 625, nota 93.

### 2.2.3.6 Prova emprestada, ponderação e proporcionalidade

Por fim, mostra-se curial apenas, enfrentar-se questão tangente às hipóteses em que a reprodução da prova se mostra impossível, pela perda da testemunha ou dos sinais indiciários que permitiriam a realização de uma nova perícia ou inspeção judicial, mas o empréstimo da prova ainda se mostra inadmissível, pelo desrespeito ao contraditório e a ampla defesa que o uso tal medida representaria, problema que deverá ser resolvido à luz da ponderação entre o direito fundamental de acesso à justiça daquele que pretende provar e o respectivo direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa daquele contra quem a prova será produzida.<sup>444</sup>

Para tanto, caberá ao magistrado realizar uma análise minuciosa do caso concreto, para saber se a prova emprestada seria efetivamente imprescindível, ou poderia ser dispensada em razão da existência de outra prova ou conjunto probatório, hipótese em que o contraditório deverá prevalecer.

Não sendo o caso, ou seja, só havendo a prova emprestada como único elemento probatório de determinado fato, poderá o magistrado admitir a prova em prol do acesso à justiça, mas, por uma questão de proporcionalidade, ela não será considerada como emprestada e sim como uma prova documental, produzida sem a participação da parte contrária, recebendo a valoração adequada levando-se em conta tal situação, assim como ocorre nos casos de declarações particulares firmadas por uma testemunha mediante instrumento público.

Convergindo com tal assertiva, Marinoni ensina que:

De qualquer forma, é claro que a prova emprestada poderá não receber a mesma valoração da obtida no processo em que foi originariamente produzida. As circunstâncias do segundo processo, as particularidades do empréstimo e mesmo a variação na efetivação do contraditório podem impor valoração diferente à prova, caso comparada com a força que lhe foi atribuída no primeiro processo. Tudo isso, logicamente, deverá ser adequadamente examinado e motivado pelo juiz do segundo processo, considerando-se as necessidades de convicção judicial e de motivação das decisões.<sup>445</sup>

---

<sup>444</sup> ARENHART; MARINONI, op. cit. p. 292, nota 368.

<sup>445</sup> Ibid., p. 292.

Esgotados tais pontos e verificada a importância da técnica de empréstimo de provas para a otimização do direito fundamental de acesso à justiça, que deverá ser proporcionado sem dilações desnecessárias e sem obstáculos decorrentes da perda da fonte de prova, encerra-se o presente tópico, passando-se no seguinte ao exame de técnicas que propiciem o aprimoramento do juízo probatório.

### 2.3 TÉCNICAS DE APRIMORAMENTO DO JUÍZO PROBATÓRIO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O EXAME DAS PROVAS

Após a realização de uma análise crítica de algumas técnicas de aprimoramento da atividade instrutória, proposta na parte anterior desta pesquisa, passa-se a desenvolver, por ora, um exame dos juízos fáticos realizados em determinados processos, a fim de articular reflexões sobre a consonância destes com o direito fundamental de acesso à justiça, propondo, se for o caso, o regular manejo de técnicas capazes de aperfeiçoá-los.

Tal objetivo decorre do fato de pouco valerem as técnicas que aperfeiçoam a atividade instrutória, se o juízo probatório também não estiver sendo realizado com inspiração no direito fundamental de acesso à justiça, já que toda instrução resulta, ou pelo menos deveria resultar, em uma decisão sobre os fatos controvertidos.

A despeito disso, não existe a intenção de se fazer um estudo estatístico sobre erros ou acertos do Judiciário na judicatura dos fatos, mas tão somente a de expor determinados julgamentos a uma discussão aguda, sobre o possível prejuízo que eles causam ou não ao modelo constitucional de processo.

Como dito na parte anterior deste estudo, sendo a atividade instrutória a causa de um julgamento, inexoravelmente as técnicas aplicadas em seu bojo, ou seja, nessa causa, influenciarão com pouca ou muita intensidade no respectivo julgamento; sem embargo de tal irradiação, a preocupação desta última parte do trabalho orbitará em torno de meios idôneos ao aprimoramento exclusivamente das decisões judiciais, ou seja, dos resultados da instrução.

Nesse sentido, fala-se também em técnicas de otimização do juízo probatório, por se entender que elas não são imprescindíveis para a realização de qualquer julgamento fático, mas sim para a realização do melhor juízo fático, o que, todavia, não lhe retira o caráter cogente.

Dessa maneira, nos itens subseqüentes serão submetidos à crítica alguns acórdãos extraídos dos Tribunais Estaduais de São Paulo e do Rio Grande do Sul, que julgam demandas improcedentes com base numa suposta ausência de provas, a fim de se responder a seguinte questão: o rigor aplicado em tais decisões, contrariando a técnica de um juízo de verossimilhança preponderante, viola a garantia de acesso à justiça, ou está bem amparado na fundamentação empregada?

### **2.3.1 O acesso à justiça e o exame das provas por parte dos tribunais pátrios**

No presente tópico, como dito acima, tem-se por objetivo a exposição de algumas decisões ao debate, para que a partir dessa análise, possa-se concluir sobre a conformidade delas com o dever de satisfação do acesso à justiça na maior medida do possível, podendo ter os seus exames fáticos considerados justificados e legítimos.

Para se alcançar uma resposta deve-se constatar se a respectivas fundamentações, concernentes ao juízo probatório, mostram-se íntegras ou carentes de considerações de alguns pontos importantes à obtenção de uma decisão mais qualificada e, também, identificar esses pontos e justificar suas importâncias para tanto.

Esses aspectos, imanentes ao estudo do direito probatório, serão explicitados paulatinamente, conforme se desenvolva a análise dos julgados em questão, e a fundamentação da relevância dos mesmos se dará logo em seguida, em tópicos dedicados exclusivamente a esse desiderato.



Dessa forma, a primeira decisão que nos cabe analisar é um acórdão oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde fora dado provimento a apelação de uma seguradora, para reformar uma sentença que a havia condenado a pagar os valores devidos a título de seguro DPVAT à Santa Casa de Misericórdia de São José do Rio Preto, que, após realizar o atendimento de três vítimas de acidente automobilístico, teve reconhecido o direito de ressarcimento pelas despesas médicas, adquirido das respectivas vítimas, mediante um termo de cessão de direitos; esta é a apelação de nº 119.494.800-5, julgada em outubro de 2008 pela 36ª Câmara de Direito Privado do mencionado Tribunal.

Segundo o relator do referido recurso, a Apelada, que juntara na inicial apenas as faturas de atendimento das vítimas, o termo de cessão de direitos – onde elas declaram que foram atropeladas, e a ficha de atendimento de emergência – onde o médico responsável pelo atendimento o relata, não teria se desincumbido do ônus de provar a ocorrência dos acidentes automobilísticos, já que tais documentos não serviam sequer como indícios.

A Apelante, apesar de não ter produzido qualquer prova durante todo o processo, nem se dando ao trabalho de requerer uma prova pericial sobre as vítimas, ou a oitiva das mesmas e dos médicos que as atenderam, acabou se beneficiando de sua omissão, que se não tivesse sido adotada estrategicamente, provavelmente conduziria a um resultado desfavorável.

Dessa forma, observe um trecho da referida decisão:

Apelação Cível nº 1.194.948-0/5  
Apelante: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS  
GERAIS  
Apelada: IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA  
DE PENÁPOLIS  
Comarca: SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - 6ª VARA CÍVEL  
VOTO N.º 10.738  
RELATÓRIO.

#### FUNDAMENTOS.

A ação foi proposta com faturas de atendimento a Maria Rosa dos Santos, Tiago Luiz Leite e Rosângela Alves da Silva (fls. 18, 21 e 24), acompanhadas de Termos de Cessão de Direitos (fls. 19, 22 e 25) e de Fichas de Atendimento de Emergência (fls. 20, 23 e 26). Nos Termos e nas Fichas consta que Maria, Tiago e Rosângela teriam sido vítimas de acidentes automobilísticos ocorridos, respectivamente, em 05/06/2006, 20/03/2006 e 24/07/2006, porém

sem qualquer outra indicação ou explicação que permitisse concluir que, de fato, os danos pessoais decorreriam de acidentes automobilísticos.

Após a réplica de fls. 52/62, o juiz instou as partes a especificar e justificar provas (fls. 63), sendo certo que a autora requereu o julgamento antecipado da lide, ou, caso não se entendesse, pediu a produção de prova testemunhal, "com a oitiva das referidas vítimas, depoimento pessoal do representante legal da requerente para comprovar o atendimento das vítimas pelo convênio DPVAT, perícia técnica a dispêndio da requerida e juntada de documentos"\* (fls. 64). A ré, por sua vez, não se manifestou quanto a produção de provas (cf. certidão de fls. 65).

Diante disso, adveio a r. sentença de fls. 67/73, na qual se assentou, na lição de Theotônio Negrão, em nota ao art. 330, do CPC, que "constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia; assim, passa-se à fundamentação"\*.

Em seguida, a r. sentença assinalou que:

(...)

Os serviços e os valores pertinentes, por falta de contestação específica e/ou fundada em qualquer outro elemento material idôneo em contrário, são adotados a partir da documentação produzida e subscrita pela requerente e os integrantes de seus quadros, com a fé e a responsabilidade, até criminal, de seus respectivos subscritores.

Aqui, como parece curial, a prova de ter ocorrido acidente de trânsito pode ser feita documentalmete pela autora ou durante a instrução processual, pelos meios admitidos em direito.

Anote-se, em primeiro lugar, que não há sequer indício de que tenham ocorrido os três acidentes automobilísticos, de modo que a solução é de improcedência da demanda (e não de procedência parcial da ação, como entendeu o i. sentenciante), não porque os documentos apresentados não servem como provas concretas de efetivas despesas médicas, já que teriam sido elaborados unilateralmente pela própria parte autora, e sim porque não há demonstração de que as vítimas tenham sido envolvidas em acidentes de trânsito cobertos pelo DPVAT.

Em segundo lugar, mesmo a prova dita não produzida não se presta ao fim colimado pela autora-apelada, eis que é incontroverso que a oitiva dos médicos que atenderam as vítimas na Santa Casa não poderia preencher a lacuna existente nestes autos. Em outras palavras, não é com a oitiva dos médicos que prestaram os atendimentos que a autora poderia fazer prova de que as vítimas sofreram acidentes de trânsito cobertos pelo convênio DPVAT.

Para tanto, reformo a r. sentença e a ação, agora, é julgada improcedente, por um dos fundamentos da apelação (inexistência de prova da ocorrência de acidentes), invertidos os ônus de sucumbência, com observação da Lei nº 1.060/50, por ser a apelante beneficiária da Justiça Gratuita (cf. fls. 04 e 27).

D e s t a r t e, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.<sup>446</sup>

Nesse contexto é possível observar na fundamentação acima, além de uma grave omissão tangente à análise da atendibilidade das providências probatórias que teriam sido requeridas pela Apelada, o que não é objeto do presente trabalho, alguns graves equívocos cometidos nos seguintes pontos: desconhecimento do que seriam indícios, agravado pela ausência de indicação explícita da definição a qual o julgador se perfilha; conseqüente omissão quanto as características dos indícios, ou seja, se precisos, graves e concordantes; conseqüente não utilização das máximas de experiência para a obtenção de presunções; e desconhecimento ou uso implícito do modelo de constatação inapropriado.

Conforme se pode observar, houve uma grave deficiência no manejo dos referidos elementos do direito probatório, trabalhados nos itens mais abaixo e ali justificados como indispensáveis a uma decisão legítima, deficiência esta consumada ou pelos mesmos elementos terem sido ignorados, ou por eles terem sido manejados de maneira inadequada e implícita, o que, por via de conseqüência, parece violar o direito fundamental de acesso à justiça, que como visto, não é uma mera garantia formal, mas o direito de obter a proteção jurisdicional mais justa e eficaz possível.

A seguir, passa-se à análise de um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que se possa concluir se as omissões e equívocos acima destacados são pontuais e isolados, ou são representativos de uma carência técnica relativa ao exame das provas, que afeta, ainda que em proporções estatísticas ignoradas nesta pesquisa, os tribunais das federações mais importantes do país, merecendo, com isto, uma atenção especial e uma proposta de mudança no último tópico, que trabalhe com uma técnica arquitetada sobre as carências diagnosticadas.

O julgado a ser analisado fora proferido no âmbito da apelação cível nº 700.185.826-35, examinada em dezembro de 2007 pela Primeira Câmara Cível do Tribunal

---

<sup>446</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 119494805**. Apelante: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Apelado: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Penapólis. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. 2008.

supracitado, refere-se a uma ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o proprietário e o arrendatário de uma área rural, tendo como causa de pedir o desmatamento de 138 árvores nativas situadas fora da área de preservação permanente.

Em primeiro grau, o magistrado julgou improcedentes os pedidos formulados pelo *parquet*, levando em conta a ausência de prova que permitisse uma conclusão segura, sobre quem teria sido o responsável pelo respectivo dano ambiental, tendo em conta que as testemunhas do Ministério Público, que eram policiais militares ambientais, afirmavam que as árvores haviam sido cortadas há mais ou menos um ano, não podendo, por isto, ser atribuído o corte, com segurança, ao arrendatário, que havia arrendado a terra há um ano e alguns dias.

Além disso, as testemunhas de defesa de ambas as partes atribuíram a outra a responsabilidade pelo corte. Não houve produção de prova pericial para determinar com maior precisão uma data aproximada do corte, sendo que o magistrado de piso entendeu que tal perícia não teria o condão de apontar seguramente tal data, motivo pelo qual não determinou a sua produção de ofício.

Advinda à sentença de improcedência, houve a interposição do recurso de apelação por parte do autor da ação, recurso este julgado improcedente, pelos mesmos fundamentos da sentença, ou seja, ausência de provas, que não permitiam concluir o nexo de causalidade entre o desmatamento ocorrido e qualquer conduta das partes que tenha sido demonstrada.

Observe alguns trechos da decisão para melhor avaliação da conclusão ali alcançada:

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2007.

#### VOTOS

Conheço do recurso, pois próprio e tempestivo.

Do mérito. A matéria vertida na presente ação civil pública diz com a possibilidade de se responsabilizar os réus, Vivaldo, arrendatário propriedade depredada e Armando, proprietário da respectiva terra,

em virtude de dano ambiental. No caso, consta no relatório de ocorrência ambiental nº 3.062, lavrado em outubro de 2005, o “corte irregular de árvores nativas situadas fora de área de preservação permanente” (fls. 38/43).

Antes de mais nada, impõe-se especificar os fatos mais relevantes narrados na inicial, a fim de se chegar a um adequado deslinde da causa.

Inicialmente, tem-se que os réus, em julho de 2004, firmaram contrato de arrendamento rural pelo prazo de um ano (início: 05 de julho de 2004; término: 5 de julho de 2005), onde Armando figura como proprietário/arrendante das terras e Vivaldo como arrendatário (fl. 47).

Em 20 de julho de 2005, motivado por denúncia, o Batalhão da Polícia Ambiental esteve na respectiva propriedade, tendo sido flagrado o corte irregular de 138 árvores nativas, perfazendo 30,36 metros cúbicos de madeira serrada, fora de área de preservação permanente (fl. 42/44). Presente à sessão, o arrendatário negou a autoria do corte das árvores, bem como salientou que as árvores já haviam sido cortadas quando do arrendamento da área (fls. 51/52).

Nos presentes autos, foi requerida a produção de prova testemunhal e pericial (fls. 128 e verso, 131/132). Na audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas as testemunhas, tendo, ainda, restado consignado pelo Juiz que o pedido de perícia não fora ratificado por nenhuma das partes. Sentenciado o feito, pois, na própria audiência. Os pedidos formulados na exordial foram julgados improcedentes, haja a vista a inexistência de elementos para inferir se o ilícito ocorreu antes, ou na vigência do contrato de arrendamento. Irresignado, recorre o órgão ministerial requerendo a reforma da sentença, para o fim de serem ambos os réus condenados, solidariamente, às prestações expostas na inicial.

Expostos os fatos, a meu sentir, não merece guarida o apelo.

Depreende-se do conjunto probatório produzido nos autos que os réus imputam a responsabilidade pela prática do ato lesivo ao meio ambiente um ao outro. E as testemunhas arroladas por cada um deles confirma seus depoimentos.

Extrai-se, aliás, que os próprios policiais da Patran informaram que, pela situação do local, o corte da vegetação pode ter ocorrido um pouco antes ou um pouco depois do arrendamento, o que dificulta ainda mais a apuração da autoria (fls. verso da fl. 152, 153 e 154).

Tudo o que se tem nos autos é a prova testemunhal, sendo que o depoimento prestado pelas testemunhas arroladas pelos réus confirmam a alegação de não autoria; e os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelo órgão do Ministério Público – os policiais que fizeram a autuação, são unânime em dizer que o corte das árvores se deu há mais ou menos um ano, que pode ter sido um pouco antes ou um pouco depois do arrendamento.

A prova pericial, que poderia ser realizada na tentativa de concluir o tempo do corte da vegetação, não foi requerida pelo órgão do Ministério Público, em que pese lhe tenha sido oportunizado prazo para tanto, bem assim pelos réus (um deles até cogitou da prova, mas depois desistiu expressamente em audiência), tampouco determinada pelo julgador singular, de ofício, sob o argumento de que a perícia não se prestaria para tal fim.

Assim, ainda que a responsabilidade seja objetiva, há que se estabelecer o nexo causal, bem como definir a autoria do fato, o que não restou demonstrado nos autos. Aliás, sequer perícia técnica foi requerida pelo órgão do Ministério Público, que se limita a pedir a condenação de ambos os réus justamente por admitir expressamente que a autoria é duvidosa.

Desse modo, não havendo comprovação dos fatos imputados aos demandados, a pretensão do apelante se mostra descabida.

ISSO POSTO, nego provimento ao apelo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70018582635, COMARCA DE VACARIA: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO".<sup>447</sup>

Diante de tal quadro, é possível fazer as seguintes constatações no que tange ao direito probatório exclusivamente: não há qualquer menção a natureza das provas produzidas, quais sejam, o contrato de arrendamento, o auto de infração e os depoimentos testemunhais, que apesar de terem sido mencionados explicitamente, não foram caracterizados como provas diretas e/ou indiciárias; conseqüentemente, não houve a classificação dos indícios concretos em precisos, graves e concordantes; em conseqüência, também não houve o uso de qualquer máxima de experiência, ignorando-se, portanto, o texto do artigo 335 do CPC<sup>448</sup>, bem como a própria necessidade do caso, que mesmo diante da produção de prova pericial, dificilmente permitiria a produção de provas diretas; e, por fim, não se mencionou o modelo de constatação utilizado no julgamento.

Percebe-se então, realizando um cotejo entre as carências apontadas no primeiro julgado, com as desse segundo, que em ambos podem ser apontadas deficiências no exame dos seguintes pontos: a) tipos ou natureza das provas produzidas (se diretas ou indiretas); b) qualificação das provas indiretas, com base na sua precisão, gravidade e concordância; c) utilização das máximas de experiência necessárias a obtenção de inferências; d) explicitação do modelo de constatação adotado, anteriormente a conclusão alcançada, para vinculá-la a ele.

Não obstante, pode-se dizer que não há que se apontar aqui, qualquer deficiência no exame da atendibilidade das provas produzidas ou indeferidas em ambos julgados trazidos à baila, pois em verdade tal instituto é objeto do procedimento probatório<sup>449</sup> e não teve um peso determinante no equívoco da conclusão alcançada em tais julgados, pois como se verá a seguir, os seus resultados deveriam ter sido

---

<sup>447</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70018582635**. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. 2008.

<sup>448</sup> BRASIL. op. cit. p. 647, nota 93.

<sup>449</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 5, nota 324.

diferentes, independentemente da produção ou consideração de qualquer prova, que não tenha sido produzida ou considerada por se entender inatendível.

Por fim, o que se pode concluir no presente tópico é que: houve carência de fundamentação, concernente aos elementos do direito probatório aqui mencionados, o que tolheu o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa<sup>450</sup> das partes, como se tentará demonstrar a seguir, por se ignorar provas indiciárias, o que prejudicou o manejo dos consectários de tais provas, quais sejam: as máximas de experiência e as presunções, elementos legalmente reconhecidos como úteis a atividade jurisdicional e que sequer foram repelidos fundamentadamente nos respectivos juízos.

Tal déficit, se não demonstra o desconhecimento de tais institutos, ao menos comprova que eles não são bem discernidos pelos julgadores e, por isto, devem ser manejados explicitamente nas decisões judiciais, no capítulo da decisão relativo aos fatos<sup>451</sup>, seja para impedir que os julgadores continuem omitindo tais procedimentos racionais de cognição, seja para que eles comprovem a articulação de tais procedimentos, seja para que através destes se profiram decisões mais motivada, o que passa a ser visto especificamente mais abaixo, juntamente com a importância dos modelos de constatação para o juízo dos fatos.

### **2.3.2 A motivação como procedimento inerente à legitimidade da decisão judicial e à otimização de acesso à justiça**

O desenvolvimento satisfatório do presente tópico pressupõe necessariamente e em caráter preambular o esclarecimento do significado do termo legitimidade, a fim de que fique mais inteligível o sentido das afirmações que se seguirão, tendo em vista que a idéia de acesso à justiça inspiradora deste trabalho já fora suficientemente apresentada no capítulo primeiro.

---

<sup>450</sup> CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, op. cit. p. 33-36, nota 80.

<sup>451</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

Destarte, por legitimidade se entende a “qualidade do que está de acordo com a razão, com a justiça ou com a lei”,<sup>452</sup> nota-se assim, que a legitimidade traduz a aceitabilidade inexorável de um ato, decorrente de sua coerência em relação à um parâmetro previamente fixado, seja ele concernente à normas exclusivamente racionais, ou à normas jurídicas.

Percebe-se dessa maneira, que a legitimidade é uma consequência da possibilidade de se justificar o ato realizado, com base em critérios racionais ou jurídicos, a ponto de torná-lo irrecusável.

No ensejo, consegue-se perceber o nexo inextricável que há entre legitimidade e motivação, por ser impossível a verificação da coesão de um raciocínio em relação a determinados parâmetros (controle da legitimidade), sem que ele apresente os seus fundamentos, ou seja, não há como se falar em legitimidade sem se falar em motivação, apesar de nem toda motivação ser legítima.

O mesmo se pode dizer do nexo entre motivação, legitimidade e acesso à justiça, pois não há como se pensar num acesso à ordem jurídica justa<sup>453</sup> com decisões obscuras, desmotivadas, que não permitam o maior controle possível sobre o seu conteúdo e uma efetiva participação, que se dá não só em âmbito recursal, mas principalmente pela consideração dos argumentos lançados no debate originário.

Por esse rumo, conclui-se que a verificação da legitimidade de uma decisão passa sempre e inevitavelmente pela análise de sua motivação, ou seja, da justificativa subjacente à decisão tomada, o que, entretanto, nem sempre funcionou desta maneira.

Durante toda a Idade Média e início da Moderna, por exemplo, os provimentos jurisdicionais não precisavam ter suas razões expostas, aliás, a recomendação era a de que não fossem revelados os motivos que conduziam à respectiva decisão, a fim de que não se instigasse os jurisdicionados a se insurgirem contra ela.<sup>454</sup>

---

<sup>452</sup> MICHAELIS, op. cit. p. 1.237, nota 50.

<sup>453</sup> WATANABE, op. cit. p. 128-129, nota 165.

<sup>454</sup> PERELMAN, op. cit. p. 211, nota 6.



Nessa quadra, qualquer ato judicial gozava de uma suposta “legitimidade”, decorrente exclusivamente do fato dele ter sido praticado pela autoridade estabelecida, modo de pensar próprio do misticismo que ainda encobria o referido período, onde toda a autoridade decorria direta ou indiretamente da vontade divina.<sup>455</sup>

As mudanças epistemológicas propiciadas desde o Renascimento, passando pelas reformas protestantes, pela formação dos Estados nacionais, pelas grandes navegações até desembocar no Iluminismo, permitiram a disseminação de um novo modo de pensar, baseado no empirismo cético.<sup>456</sup>

A partir desse momento, todo raciocínio passa a ser necessariamente demonstrado e não apenas fruto da imaginação humana, caracterizando-se com isto o cientificismo próprio da modernidade.

Esse novo modelo de pensar, inaugurado no campo das ciências naturais, aos poucos se irradia para o campo das ciências políticas e do direito, o que se percebe pela conotação racional que o direito natural ganha a partir do século XVI<sup>457</sup>, e pelas teorias contratualistas que eclodem a partir do século XVII<sup>458</sup>, fenômenos estes derivados dessa nova perspectiva racionalista, que não se conformava com a total ausência de indícios que justificassem racionalmente um déspota e um direito divinizado.

Seguindo esse fluxo evolutivo, registra-se que somente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, realizada em 1789 após a Revolução Francesa e com algumas legislações subseqüentes<sup>459</sup>, é que se instituiu o dever de motivação das decisões judiciais, como forma de se garantir a observância dos novos postulados inauguradores do Estado de Direito, primordialmente o da legalidade, que canalizava os anseios por liberdade e igualdade.

---

<sup>455</sup> GOYARD-FABRE, op. cit. p. 277, nota 19.

<sup>456</sup> BARROSO, op. cit. p. 20, nota 2.

<sup>457</sup> Ibid., p. 19.

<sup>458</sup> Ibid., p. 21.

<sup>459</sup> PERELMAN, op. cit. p. 212, nota 6.

Nesse novo contexto, a legitimidade das decisões passa a não depender apenas da existência de uma atribuição prévia, mas sim de razões realmente justificadoras da conclusão alcançada em seu bojo, razões estas que não podem ser de ordem exclusivamente prática, devendo pertencer ao mundo jurídico também, ou seja, estar previstas em diplomas normativos.<sup>460</sup>

Visitada a idéia de legitimidade e sua ineludível ligação com a motivação das decisões e com o aparecimento do Estado de Direito, mostra-se pertinente a sua ratificação por meio das palavras sempre lúcidas e contributivas de Barbosa Moreira, que sobre o tema leciona, que “qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como *rechtsfertiger Staat*, como Estado que se justifica”<sup>461</sup>, ou seja, a preocupação com a apresentação de justificativas legitimadoras da decisão judicial é uma característica típica do modelo estatal oriundo da Revolução Francesa, que tem no Direito o seu ponto de equilíbrio.

Com isso, pode-se concluir de modo inexorável que atualmente, no Estado Democrático de Direito vigente, que não abdica de valores como liberdade, igualdade, legalidade e outros, mas apenas lhes atribui significados mais aprimorados, de cunho material e flexível, a fim de proporcionar uma justiça democrática ao povo soberano, a legitimidade das decisões judiciais permanece mais do que nunca condicionada à sua respectiva motivação.

Contudo, tal assertiva coloca um novo problema, impondo um questionamento concernente ao que seria motivação e como ela pode ser realizada plenamente, de modo a satisfazer a legitimidade da decisão e o direito fundamental de acesso à justiça?

Bem, para se responder ao primeiro questionamento deve-se fazer uma nova pergunta, qual seja: pode ser considerada motivada uma decisão, apenas pela exposição dos fatos entendidos como verídicos e da norma aplicada?

---

<sup>460</sup> ALEXY, op. cit. p. 271, nota 100.

<sup>461</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito Processual**. 2. Série. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85-99, p. 89.

A resposta é negativa, uma vez que essa simples exposição não motiva nada, ou seja, não justifica o porquê daqueles fatos terem sido determinados como verídicos na decisão, nem o porquê daquela norma ter sido aplicada, não permitindo o alcance da finalidade imanente à motivação.

A apresentação da justificativa de uma decisão judicial tem vários fundamentos que lhe dão sustentação no ordenamento jurídico vigente, corolário do Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, a justificação da decisão tinha por escopo primário apenas fornecer uma transparência interna à decisão judicial, possibilitando ao juiz o controle de seu próprio raciocínio, às partes envolvidas em uma demanda o oferecimento de recursos arrazoados, e aos órgãos jurisdicionais superiores a avaliação da correção ou não da decisão impugnada<sup>462</sup>, função que já ficaria inviabilizada com uma pseudo motivação, que se limitasse a expor a premissa maior, a premissa menor e a conclusão alcançada no raciocínio judicial.

Não obstante, a fundamentação judicial ainda acumula outra função, qual seja: a de permitir o controle externo da legitimidade da decisão judicial proferida, ou seja, não apenas pelas partes envolvidas ou pelos respectivos órgãos superiores, mas por toda a sociedade democraticamente organizada, que tem amplificado o seu direito de participação nos processos de decisão, ainda que isto não importe na sua legitimidade recursal para o caso específico, como ensina Taruffo ao afirmar que:

Aqui a inspiração fundamental vem da ideologia democrática de justiça que aflora no iluminismo francês e se manifesta sobretudo com a Revolução: a função da motivação, e então a razão dessa obrigação, consiste em assegurar o controle externo, da parte do “povo”, sobre o modo como os juízes exercitam o poder que lhes é atribuído.<sup>463</sup> (tradução nossa)

Atualmente se entende que ao fundamentar uma decisão judicial, o magistrado não presta contas apenas às partes ou aos seus superiores, mas a todo o povo soberano para quem o Estado existe.

---

<sup>462</sup> TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: DINAMARCO, Candido Rangel et al. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 37-50, p. 38.

<sup>463</sup> Ibid., p. 38. Do original: “Qui l'ispirazione fondamentale viene dall'ideologia democratica della giustizia che affiora nell'illuminismo francese e si manifesta soprattutto con la Rivoluzione: la funzione della motivazione, e quindi la *ratio* del relativo obbligo, consistono nell'assicurare il controllo esterno, da parte del “popolo”, sul modo com cui i giudici esercitano il potere che è loro affidato”.

Entretanto, quando um magistrado motiva a sua decisão apenas determinando os fatos ocorridos e a norma aplicável, sem expor as razões que o conduziram a ela, nenhum dos objetivos acima é alcançado, ou seja, nem o magistrado conseguirá prevenir equívocos próprios, nem as partes conseguirão discutir a correção de tal decisão, nem os órgãos superiores conseguirão avaliar as suas razões e nem a sociedade poderá se posicionar, de modo a se concluir, então, que a motivação das decisões judiciais deve abranger além dos resultados fáticos e jurídicos alcançados, que entrelaçados compõem o dispositivo da sentença, todos os motivos que convenceram o juiz de que aqueles fatos ocorreram e de que aquela norma deve ser aplicada.

Respondida essa questão, pode-se responder também a pergunta relativa à como se realizar plenamente a motivação da decisão e, por via de consequência, a sua legitimidade e o acesso à justiça, já que se encontra solidamente fixada, a premissa concernente ao nexo inextricável existente entre legitimidade, motivação e acesso à justiça.

Dessa maneira, se a verdadeira justificação judicial pressupõe a exposição clara de todas as razões que conduziram o juiz a determinadas conclusões fáticas e jurídicas, a fim de possibilitar o controle interno e externo da respectiva decisão, essa clareza e abrangência argumentativa sobre as questões de fato e de direito deve ser apresentada na maior medida possível, para que a motivação proporcione maiores chances de controle, aceitação e aprimoramento da decisão, ou seja, maiores chances de se alcançar os objetivos mirados pela justificação judicial.

Por via de consequência, a decisão judicial legítima deverá contar com o maior primor e grau de controlabilidade possível, para que haja a maior consonância entre ela e os valores de liberdade, igualdade, publicidade, segurança e imparcialidade, norteadores de todos os atos estatais no atual paradigma constitucional democrático, e assim seja satisfeito o direito fundamental de acesso à justiça na maior medida do possível.

Nesses termos, ainda que se encontre materialmente equivocada a respectiva decisão judicial, poderá se falar na sua legitimidade formal, pois de qualquer

maneira terá havido uma coerência entre ela e a norma jurídica e ética<sup>464</sup> que orienta a forma das decisões em geral, qual seja: a que prescreve a necessidade de fundamentação das decisões judiciais<sup>465</sup>, norma esta ontologicamente justificada pela virada paradigmática ocorrida no século XVIII, que impôs um arcabouço axiológico humanístico focado na racionalidade humana.

Essa norma que prescreve a fundamentação dos atos jurisdicionais é um corolário da dignidade humana, ou seja, da capacidade racional que o homem tem de compreender e se posicionar diante dos fatos (autonomia), fundamento do sistema democrático vigente e da essencialidade do acesso à justiça.

Nesse diapasão, com certeza surgirão questionamentos como: bastaria então a exposição de todos os motivos fáticos e jurídicos que conduziram a decisão judicial para que ela esteja legitimada, ainda que fundada em quaisquer motivos? Obviamente que não.

Uma decisão que obedeça unicamente a norma pertinente à necessidade de fundamentação, destoando por completo das demais normas incidentes sobre o caso, não poderá ser considerada legítima.<sup>466</sup>

Entretanto, uma decisão que obedeça a todas as normas materiais incidentes sobre o caso, mas não satisfaça o dever de justificação, mostrando-se notoriamente obscura e incompleta, também não será legítima, razão pela qual se pode falar na existência de um plano formal e outro material da legitimidade da decisão judicial.

A legitimidade formal se afere por meio da verificação da presença de todos os pressupostos formais da decisão, tais como: contraditório, ampla defesa, fundamentação, publicidade, imparcialidade e outros. A legitimidade material se afere mediante uma análise dos pressupostos materiais da decisão, ou seja, de quais regras de direito material foram usadas para a solução do respectivo conflito.

---

<sup>464</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 4-5, nota 49.

<sup>465</sup> BRASIL, op. cit. p. 54, nota 31.

<sup>466</sup> MARINONI, op. cit. p. 438, nota 40.

Sem embargo, uma análise abstrata dos pressupostos materiais legitimadores da decisão judicial se mostra impertinente no presente estudo, focado exclusivamente em aspectos formais que permeiam o direito fundamental de acesso à justiça.

Assentada essa idéia, de necessidade de qualificação da motivação judicial para realização de sua legitimidade e do direito fundamental de acesso à justiça na maior medida do possível, passa-se adiante, a se buscar meios que tornem praticável essa qualificação.

Elaborada tal explanação, deve-se ratificar que a preocupação central do presente trabalho recai sobre a motivação fática da decisão judicial, ou seja, sobre o juízo probatório realizado, de modo que todo o desenvolvimento restante estará focado na elaboração de formas de aperfeiçoamento desta parte da motivação judicial, visando contribuir com a legitimidade das decisões judiciais futuras.

### **2.3.3 Os elementos do direito probatório essenciais ao aprimoramento da motivação**

Ficou assentado no tópico anterior, que a motivação, a legitimidade e o acesso à justiça podem ser aprimorados, na medida em que se fundamente com maior clareza e amplitude argumentativa as decisões judiciais, sem que, no entanto, fosse especificada a forma de se alcançar tal objetivo.

No presente tópico, almeja-se apenas apontar alguns elementos do direito probatório<sup>467</sup> omitidos nos julgados do tópico 2.3.1, fazendo-se uma explanação sobre cada um deles, a fim de que, ao final, seja sistematizado o seu uso imperativo na fundamentação judicial e o leitor possa, além de conhecê-los ou revisitá-los, enxergar uma possível influência benéfica que o seu manejo explícito no raciocínio decisório pode trazer ao direito fundamental de acesso à justiça.<sup>468</sup>

---

<sup>467</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 5, nota 324.

<sup>468</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 194, nota 325.

Para tanto, conforme asserido no item retro mencionado, abaixo serão enfocados os seguintes institutos: os tipos ou a natureza das provas – se diretas ou indiretas; as máximas de experiência e as presunções delas decorrentes; e os modelos de constatação inerentes ao processo civil e ao processo penal. Tal exame passa a ser feito, nos subitens abaixo.

Após uma exposição conceitual desses institutos, tentar-se-á em seguida demonstrar, de maneira analítica, a importância da consideração deles no raciocínio judicial para o desenvolvimento mais motivado e legítimo do juízo probatório.

### 2.3.3.1 As espécies de provas (diretas e indiretas)

No presente tópico, cumpre-nos distinguir as provas entres aquelas que são diretas, ou seja, se referem diretamente ao fato principal objeto de controvérsia, e aquelas que são indiretas ou indiciárias, por concernirem a fatos secundários, que depois de provados, permitem presumir a ocorrência ou não do fato principal.<sup>469</sup>

Para ilustrar o que vem sendo afirmado, pode-se utilizar um exemplo sobre uma ação de indenização por ato ilícito. Uma prova direta seria, por exemplo, uma testemunha que depusesse sobre o fato principal, ou seja, João agrediu Carlos com um soco na face; provado este fato, nada mais precisa ser demonstrado para permitir a incidência dos efeitos das regras sobre ato ilícito e responsabilidade civil, já que aquele acontecimento está previsto de maneira genérica e abstrata na norma, como um *fattispecie*.<sup>470</sup>

Já uma prova indiciária, demonstraria, por exemplo, que Carlos entrou na casa de João sem qualquer ferimento e saiu de lá com um hematoma na face e dizendo que havia sido agredido pelo mesmo João, permitindo inferir, através de uma máxima de experiência, que este agrediu Carlos, surgindo daí uma obrigação de indenizá-lo.<sup>471</sup>

---

<sup>469</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 25, nota 324.

<sup>470</sup> TARUFFO, Michele. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. **Sui confini:** scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 235-275, p. 238.

<sup>471</sup> Ibid., p. 239.

Esse tipo de conclusão, calcada em provas indiciárias, é chamada de presunção, e apesar de estar prevista no Código Civil (art. 212, IV)<sup>472</sup> como meio de prova, na verdade é o resultado da prova produzida por certos meios, que por não incidirem diretamente sobre o fato principal, demandam a realização de um raciocínio dedutivo, fundado numa regra geral construída a partir do senso comum ou pela própria legislação pátria.

Em sintonia com o afirmado, Dinamarco ensina que:

Nenhuma presunção é meio de prova, quer as absolutas ou as relativas, as legais ou as judiciais. Nenhuma delas se resolve em técnica de exame das fontes probatórias, a ser realizado segundo regras do procedimento e com a participação dos litigantes em contraditório. Todas elas constituem processos de raciocínio dedutivo que levam a concluir que um fato aconteceu, quando se sabe que outro haja acontecido.<sup>473</sup>

O estudo das provas diretas e indiretas mostra-se importante, porque a partir deste tipo de exame num processo em concreto se desdobrarão inúmeras conseqüências, já mencionadas no item 3.2.1, como a possibilidade ou necessidade de elaboração de regras de experiência e presunções nelas fundadas, sendo certo, que nos julgados a retro-analisados, fora identificada uma carência de manejo destes institutos, o que, em hipótese diversa, poderia ter ajudado na obtenção de uma solução menos simplista e com menor risco de falibilidade.

Há, todavia, duas características importantes relacionadas à análise das provas indiciárias e que também trazem reflexos relevantes no raciocínio judicial, pois permitem uma maior compreensão da valoração das provas no caso concreto, quais sejam: a possibilidade de diferenciação das provas indiciárias, fundada na sua precisão, gravidade e concordância<sup>474</sup>; e a impossibilidade de consideração do indício de segundo grau, isto é, quando ele não provar diretamente a ocorrência de um fato secundário, o que é conhecido como a presunção da presunção.<sup>475</sup>

---

<sup>472</sup> BRASIL. Código Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 283.

<sup>473</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 124, nota 325.

<sup>474</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 50, nota 324.

<sup>475</sup> Ibid., p. 59.



A primeira característica da prova indiciária, pertinente a sua possibilidade de distinção fundada nos critérios de precisão, gravidade e concordância dos indícios, fatalmente estará presente, ainda que implicitamente, em qualquer exame de provas indiretas, que esteja minimamente fundamentado, sendo necessário, por isto, o conhecimento de tais conceitos, para que seja facilitada a justificação e a compreensão da decisão judicial, na medida em que o seu manejo deixa transparecer razões, mais ou menos consentidas, para a conclusão alcançada.

Dessa forma, com base na precisão ou confiabilidade do indício produzido sobre o fato que ele prova, o juiz o considerará ou não na hora de estabelecer os fatos ocorridos; com base na gravidade, o juiz pode dizer se o indício permite a elaboração de uma presunção fundada numa regra de experiência ou se existem inúmeras outras possibilidades mais prováveis, que tornam indevida esta atividade; e com base na concordância dos indícios, pode concluir pela maior robustez de uma versão fática, para a ela aderir.<sup>476</sup>

O exame de provas indiciárias, que olvide o manejo de tais critérios, refletirá indubitavelmente, maior subjetividade, risco de falibilidade e menor clareza nas suas conclusões, motivos suficientes para justificar a importância dada a eles.

No que tange a segunda característica dos indícios, sobre a presunção da presunção, ela pode ser ilustrada, através do seguinte exemplo: numa ação de indenização por ato ilícito, uma testemunha diz ter visto o carro de Carlos em frente à casa de João, a quem Carlos acusa de ter-lhe esbofetado no mesmo dia.

Ora, o depoimento mencionado me permite presumir que Carlos esteve na casa de João, mas esta presunção não permite o alcance de outra presunção, qual seja: a de que Carlos fora ali agredido por João, situação bem diferente da exemplificada mais acima, onde a testemunha, apesar de não ter visto a agressão sofrida por Carlos, o viu entrando na casa de João sem nenhum ferimento, e saindo com um hematoma na face.

O conceito de presunção da presunção (*presumptum de presunto*), também chamado de indícios de segundo grau, fica bem sintetizado nas palavras de Knijnik sobre o tema: “Nos *indícios de segundo grau*, ao contrário dos indícios juridicamente

---

<sup>476</sup> Ibid., p. 50-54.

válidos, o ponto de partida não é um fato certo, mas um fato incerto ou presumido, também estabelecido por presunção”.<sup>477</sup>

Nesse contexto, cumpre-nos apenas ressaltar, que dissentimos do posicionamento do autor supracitado, no que tange a exemplificação de um caso de indício de segundo grau, onde ele trabalha em verdade com uma testemunha indiciária, que na nossa ótica é diferente de uma presunção da presunção e, também, do que ele denomina de prova testemunhal indireta.<sup>478</sup>

Aparentemente, ele chega à conclusão dissentida, fundado nas doutrinas clássicas que afirmam que toda prova, ainda que direta, exige a elaboração de uma máxima de experiência, que permita chegar a uma conclusão presumida, o que será visto nos parágrafos seguintes, relativos à máxima de experiência especificamente.

Tal posicionamento parece razoável, mas como se verá mais abaixo, ele deve ser mais bem compreendido e sistematizado, para que a própria definição de indícios não seja infirmada, ou seja, para que as provas diretas possam ser diferenciadas das provas indiretas, já que são efetivamente distintas, por se referirem a tipos de fatos diferentes e propiciarem um raciocínio diferente.

Sobre a mudança da natureza da prova, em razão da natureza dos fatos a serem provados, Taruffo pode dar maior substância ao nosso entendimento, lecionando no seguinte sentido:

O primeiro desses é a já mencionada distinção entre fatos principais (indicados como FP) e fatos secundários (indicados como fs), sendo os primeiros os fatos juridicamente relevantes na base da fattispecie legal aplicável, e os segundos os fatos que são logicamente relevantes para a prova do fato principal.<sup>479</sup> (Tradução nossa)

Dessa maneira, parece não restar dúvida, sobre a existência de uma diferença significativa, que não pode ser olvidada, entre as provas dos fatos principais, provas diretas, e as provas dos fatos secundários, provas indiciárias, que exigem o estabelecimento de tal distinção para melhor compreensão e manuseio delas no

---

<sup>477</sup> Ibid., p. 59.

<sup>478</sup> Ibid., p. 59-68.

<sup>479</sup> TARUFFO, op. cit. p. 245, nota 470. Do original: Il primo di essi è la già accennata distinzione tra fatti principali (indicati come FP) e fatti secondari (indicati come fs), essendo i primi i fatti giuridicamente rilevanti in base alla fattispecie legale applicabile, e i secondi quei fatti che sono logicamente rilevanti per la prova dei fatti principali.

raciocínio decisório, mesmo porque, no caso de provas indiciárias, fatalmente será feito o uso de máximas de experiência, o que não ocorre na hipótese de provas diretas.

Conclui-se assim, contrariamente ao que preceitua Knijnik, que não se deve confundir a operação inferencial, que o juiz faz para examinar a credibilidade da prova, com o exame inferencial que é feito para permitir especificamente o conhecimento dos fatos controversos, onde a máxima de experiência utilizada não terá, ao menos em regra, qualquer relação com a fonte da prova<sup>480</sup>, e a premissa menor, nesta cadeia silogística, também não, se referindo ambas, insista-se, ao fato juridicamente relevante, que se pretende comprovar.

### 2.3.3.2 As máximas de experiência e as presunções delas decorrentes

Indo adiante, numa segunda etapa, deve se revisitar o instituto das máximas de experiência, intimamente ligado as provas indiretas, já que estas só autorizam a elaboração de alguma conclusão, na medida em que o magistrado possa, através de uma regra de experiência fundada no senso comum e direcionada ao fato juridicamente relevante da lide, presumir a sua ocorrência ou não.

O recurso as máximas de experiência está expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, no artigo 335 do CPC<sup>481</sup>, que apesar de possuir uma redação nada auto-explicativa, denota que, em casos de omissão da lei, que impeçam a utilização de uma presunção legal, deve o juiz se valer da experiência comum, fundada no *id quod plerumque accidit*, ou seja, naquilo que ordinariamente acontece e ainda na experiência técnica, ressalvados os casos de maior complexidade, que demandem a realização de perícia<sup>482</sup>.

Não obstante a isso, na realidade parece que o uso das máximas de experiência é completamente ignorado em diversos casos. Talvez por receio de cometer injustiças,

---

<sup>480</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 86, nota 325.

<sup>481</sup> BRASIL, op. cit. p. 647, nota 93.

<sup>482</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 123-124, nota 325.

muitos magistrados exigem uma certeza criminal para julgar procedente uma pretensão civil, quiçá pensando que a negativa de direito a quem o tenha seja menos deletéria do que a concessão de direito a quem não o tenha, o que se verá adiante que não procede no ordenamento jurídico pátrio, o que se dá, a nosso ver, com total razoabilidade.

Em muitos casos, alguns inclusive apurados especificamente para o presente trabalho, como visto acima, as provas indiciárias são ignoradas e a exigência por provas diretas dos fatos acaba eliminando qualquer hipótese de raciocínio presuntivo, fundado em máximas de experiência, demonstrando uma rigidez calculista, incompatível com os limites humanos de conhecimento.

No tópico final, anterior a conclusão, será feita uma avaliação dos julgados supra mencionados, buscando-se saber sobre a possibilidade de aproveitamento das provas indiciárias ali referidas, para a elaboração de presunções seguras, mediante o uso de máximas de experiência, o que contribuirá no alcance de uma conclusão sobre a prescindibilidade ou não do uso desta técnica para um pleno acesso à justiça, seja nos casos em que a produção de provas diretas é impossível<sup>483</sup>, devido às circunstâncias em que se desenrolaram os fatos, seja nos casos em que não foram esgotados todos os meios de provas, o que se pensa com base no modelo de constatação do processo civil, como se verá mais a frente.

No ensejo, deve-se discutir um pouco mais, ainda que sucintamente, sobre o posicionamento, segundo o qual as máximas de experiência deveriam ser utilizadas mesmo nos casos de provas diretas, para permitir o alcance de uma conclusão relativa à confiabilidade da fonte de prova ou não.

Enveredando por este caminho, é o magistério de Knijnik, que diz:

Assim, as máximas de experiência sempre estão presentes em qualquer juízo de fato elaborado no processo. Da prova testemunhal mais tradicional à perícia mais intrincada, só é possível concluir mediante o emprego de uma ou mais máximas da experiência.<sup>484</sup>

---

<sup>483</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 153-155.

<sup>484</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 68-69, nota 324.

Tal entendimento, também compartilhado por Taruffo<sup>485</sup>, parece racional, todavia, o mesmo deve considerar a seguinte constatação: a utilização de máximas de experiência se dá de uma forma no caso de provas diretas, onde ela funciona apenas para concluir sobre a credibilidade da prova, que a partir daí, demonstra por si só a ocorrência do fato principal, ou seja, a causa de pedir, e de outra forma no caso de prova indireta, onde o seu emprego serve não para se concluir sobre a credibilidade da prova, mas sobre a ocorrência do fato principal, através do fato secundário comprovado.

Por isso é que, na primeira hipótese, tanto a máxima de experiência utilizada, como a premissa menor do silogismo elaborado, ou seja, a proposição sintetizada do caso concreto, focam-se na prova que se julga crível ou não, enquanto na segunda hipótese, a regra de experiência e a premissa menor têm sua atenção voltada para o fato demonstrado, ou melhor, o fato que constitui a causa de pedir em litígio, conforme dito no tópico acima.

Assim sendo, o fato das provas diretas também demandarem a realização de um exame sobre a sua credibilidade, fundado numa máxima de experiência, não permite que se afirme ser a testemunha indiciária uma provedora de presunções de presunções, por demandar uma presunção sobre a sua credibilidade e outra sobre a ocorrência do fato principal a partir do fato secundário por ela presenciado, pois isto seria admitir uma completa identidade entre provas diretas e indiretas, bem como entre estas e os indícios de segundo grau, o que retiraria toda utilidade da dicotomia traçada entre estas espécies de prova, sendo certo ainda, que até provas periciais e documentais devem ser submetidas a exames de atendibilidade, fundado em regras de experiência, sem que se possa denominá-las de indícios de segundo grau.

Em resumo, tudo o que se quer dizer, é que a presunção da presunção, ou o indicio de segundo grau, não se dá quando o magistrado se utiliza de máxima de experiência para aceitar a idoneidade de uma prova e para presumir a ocorrência do fato principal, com base na demonstração do secundário, mas sim quando o magistrado se utiliza do senso comum, para aceitar a informação revelada pela prova, presumir a ocorrência de um fato secundário por ela não demonstrado e, em seguida, desta presunção alcançar outra, relativa ao fato principal, pois em caso

---

<sup>485</sup> TARUFFO, op. cit. p. 128, nota 364.

contrário, insista-se, toda prova direta seria na verdade indireta, na medida em que exigisse uma presunção sobre fatos secundários relativos à sua credibilidade, e toda prova indireta seria um indício de segundo grau.

Em outras palavras, pode se afirmar, que não há coerência alguma em se estabelecer uma distinção entre prova direta e prova indireta fundada na natureza dos fatos por elas demonstrados<sup>486</sup>, para num segundo momento infirmar tal distinção, de racionalidade incontestada, com a afirmação de que a prova de fatos secundários permitiria somente uma presunção da presunção, por exigir uma presunção de sua atendibilidade e outra de ocorrência do fato principal<sup>487</sup>.

Para ratificar a posição ora adotada, cumpre destacar o posicionamento de Dinamarco, sobre a utilização de indícios no julgamento de uma causa:

Em ambos os casos cumpre ao juiz aceitar como verdadeira a alegação de um fato relevante para a causa, sempre que tenha diante de si, comprovado, um fato revelador da provável presença daquele (indício) – e isso é da essência de toda presunção, que judicial, que *legis*.<sup>488</sup> (grifo do autor)

Diante desta definição de indício, não parece mesmo ter razão a tese acima refutada, razão pela qual, ultrapassada tal questão, que obviamente merece maiores reflexões em estudos posteriores por não ser de fácil tratativa, deve se examinar a seguir, quais cautelas o magistrado tem de adotar, para que a utilização de máximas de experiência não se traduza em arbítrio e subjetivismo camuflado.

A primeira precaução a ser adotada pelo magistrado que maneja máximas de experiência em uma decisão judicial concerne à necessidade de sua explicitação no corpo da decisão, inclusive de maneira pontual e destacada, para que não haja qualquer receio de que a parte tenha a sua ampla defesa, em sede recursal, prejudicada em decorrência de tal dado constar apenas implicitamente no raciocínio decisório.<sup>489</sup>

Essa cautela indispensável, além de conferir legitimidade à decisão, por expô-la a um debate transparente, externando as razões que conduziram o juiz a tal

<sup>486</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 25-31, nota 324.

<sup>487</sup> Ibid., p. p.59-62.

<sup>488</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 122, nota 325.

<sup>489</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 71-72, nota 324.

entendimento, permite também, que o juiz elabore melhor as regras de experiência que necessita, pois quando ele se ocupar de especificar e individualizar a regra constatada, fatalmente refletirá sobre a sua representatividade e racionalidade, diferentemente do que ocorreria se ao juiz bastasse indicar o indício e a sua conclusão, sem externar qual máxima foi adotada para o seu alcance, pois neste caso a queima de etapas obscurece o raciocínio do julgador e conduz a caminhos oblíquos<sup>490</sup> de total ilegitimidade.

A segunda precaução a ser adotada, concerne à atenção que o juiz deve ter, quando da elaboração da máxima de experiência, para que ela corresponda efetivamente ao senso comum, ou seja, ao patrimônio cultural médio e aos costumes da sociedade em que ele exerce a sua atividade jurisdicional, que irão variar conforme o local e o tempo em que se dê este exercício<sup>491</sup>.

Sobre a definição do que seria senso comum, Taruffo ajuda a esclarecer, adotando uma concepção ampla, que abrange:

[...] as condições de base que na cultura de uma época definem aquilo que se pode dizer e pensar e como se pode pensar, ou seja aquela categoria fundamental da cultura que Michel Foucault tem designado com o termo *episteme*; b) um conjunto em certo sentido intermediário de noções mais específicas e eventuais que todavia normalmente se exprimem em forma de máximas ou regras que se considera produto da experiência comum; este conjunto inclui também outros elementos que também derivam da experiência e se referem seja ao uso da linguagem (estrutura lingüística de uso corrente e significados consolidados), seja à percepção e à interpretação da realidade segundo esquemas ou modelos de situações ou de seqüências de eventos que a experiência comum faz considerar típicos de determinada situação; c) ao final – e se trata evidentemente de um nível mais superficial – únicos dados de conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural que se supõe próprio da idealização do homem médio em um certo local e contexto social, e em um dado momento histórico (o jurista fala a respeito dos fatos notórios).<sup>492</sup> (Tradução nossa)

<sup>490</sup> TARUFFO, op. cit. p. 144-145, nota 364.

<sup>491</sup> TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 305-328, p. 314.

<sup>492</sup> TARUFFO, op. cit. p. 125, nota 364. Do original: le condizioni di base che nella cultura di un'epoca definiscono ciò che si può dire e pensare e come lo si può pensare, ossia quelle categoria fondamentali della cultura che Michel Foucault ha designato col termine *episteme*; b) un insieme in certo senso intermedio di nozioni più specifiche e contingente che tuttavia solitamente si esprimono in forma di <<massime>> o <<regole>> che si ritengono prodotte dall'esperienza comune; questo insieme include anche altri elementi che purê derivano dall'esperienza e si riferiscono sia all'uso del linguaggio (strutture linguistiche di uso corrente e significati consolidati), sia alla percezione ed interpretazione della realtà secondo schemi o modelli di situazioni o di sequenze di eventi che

Percebe-se então, que idéias ultrapassadas, frontalmente contrárias a lógica natural de algumas coisas, à ciência ou a outras plausíveis regras de experiência, assim como as noções de cunho aparentemente particular, não compartilhadas pela sociedade, obviamente não poderão ser utilizadas como máximas de experiência<sup>493</sup>.

Naturalmente, a constatação de uma regra de experiência não é sempre tranqüila em muitos dos casos concretos, que têm seus enredos renovados com uma dinâmica impossível de ser acompanhada pelos cientistas, legisladores e juízes, o que, todavia, não impede o magistrado de, através de um esforço argumentativo complexo, crítico e integral, não relegar ao esquecimento qualquer dúvida ou conflito concebido, expondo-o de forma clara, em busca da melhor resposta possível, fundada em razões coerentes com o ordenamento jurídico, a jurisprudência e as tendências sociais por ele observadas<sup>494</sup>.

Erros poderão advir das escolhas feitas nos casos concretos? Sim, mas o acesso à justiça daqueles que só dispõem ou só produziram provas indiciárias<sup>495</sup>, em escala suficiente para gerar um convencimento do que é verossímil para o juiz, não pode ser prejudicado pelas dificuldades de resolução legal dos conflitos.

Ademais, a exposição da máxima de experiência de forma bem específica, juntamente com todas as angústias e razões concebidas pelo juiz em seu raciocínio decisório, tem justamente a função de permitir o controle do manejo de tais regras, o que se dará mediante a interposição de recursos e a realização do próprio procedimento de fundamentação, que tendo o seu percurso inteiramente respeitado, sem a supressão de indagações e fundamentos favoráveis e contrários a opção judicial estabelecida *a priori*, proporcionará muito mais chance de se alcançar uma conclusão mais justa<sup>496</sup>, em consonância com a legitimidade esperada e o acesso à

---

l'esperienza comune fa ritenere tipici di determinate situazione; c) infine – e si tratta evidentemente del livello più superficiale – singoli dati di conoscenza che costituiscono buona parte del patrimonio culturale che si suppone próprio dell'idealtipo dell'«uomo médio» in um certo luogo e contesto sociale, e in um dato momento storico (Il giurista parlerebbe al riguardo di «fatti notori»).

<sup>493</sup> TARUFFO, op. cit. p. 314-316, nota 491.

<sup>494</sup> PERELMAN, op. cit. p. 135-140, nota 6.

<sup>495</sup> MITIDIERO, ZANETI JÚNIOR, op. cit. p. 153-154, nota 483.

<sup>496</sup> TARUFFO, op. cit. p. 144-145, nota 364.



justiça prometido, estando contido nessa amplitude justificativa o caráter argumentativo de sua aplicação, como se verá no último tópico anterior a conclusão.

### 2.3.3.3 Os modelos de constatação

Para finalizar, cumpre registrar ainda a importância do conhecimento, da compreensão e do manejo dos modelos de constatação existentes no ordenamento jurídico pátrio, quando do exame das provas.

Os modelos de constatação, nada mais são que parâmetros estabelecidos para permitir uma distinção de graus de certeza e, conseqüentemente, de rigor no exame dos fatos e das provas, com base na diferença da natureza do direito material envolvido, o que é feito a partir da premissa, de que um provimento judicial a respeito de alguns direitos materiais tem reflexos mais graves e, por tanto, de maior relevância para a sociedade, do que outros<sup>497</sup>.

Nesse sentido é que Knijnik ensina o seguinte:

Os modelos de constatação, portanto, representam uma forma de viabilizar não um mecanismo de controle numérico-quantitativo – o que seria, obviamente irrealizável –, mas uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório.<sup>498</sup>

Obviamente, não há como se conceber uma calculadora que realize operações matemáticas com base nas afirmações das partes, nas provas dos autos e forneça uma resposta consentânea com o modelo de constatação próprio da causa, o que, todavia, não deve servir de desestímulo aos homens, na busca por um aperfeiçoamento do raciocínio judicial tangente ao exame dos fatos e das provas, a fim de se reduzir ao máximo a prevalência do subjetivismo<sup>499</sup>, que deslegitima as decisões e traz insegurança, permitindo injustiças e atos de corrupção em maior escala.

---

<sup>497</sup> KNIJNIK, op. cit. p.38, nota 324.

<sup>498</sup> Ibid., p. 37

<sup>499</sup> Ibid., p. 36.

O fato de não se poder obter uma precisão cartesiana nas conclusões pertinentes aos fatos narrados num processo, não impede a obtenção de juízos racionais, ou seja, fundados em raciocínios que envolvam o uso de argumentos sobre probabilidades, oriundos de todos os envolvidos no feito e baseados nas provas e nas regras de experiência comum, que só podem ser examinadas por seres racionais, que tenham a consciência-capacidade de realizar constatações sobre os fenômenos que acontecem ao seu redor e, daí, extrair conclusões, insista-se, com base na razão do provável, compartilhada por muitos e frutos de premissas pretensamente universais.

Navegando em mares de consenso, Perelman aborda a questão da racionalidade jurídica, a partir dos símbolos utilizados na sua elaboração, quais sejam: as palavras, que apesar de equívocas, não podem ter as suas conclusões relegadas ao simples instinto, haja vista uma parcela de universalidade que há na essência das mesmas e daquilo que lhes são objetos (os valores), que permite não só a concordância, como também o convencimento dos dissidentes, por razões mais fortes ou melhores articuladas, senão, observe a seguinte lição de Perelman:

Mas se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambigüidade. Estas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos. Uma língua, elaborada para um único fim, é freqüentemente inapta para outro: a língua dos cálculos não é a língua dos poetas ou dos diplomatas, nem a dos juristas. Resulta daí que, em vez de considerar a língua natural uma forma de aproximação imperfeita de uma língua formal, aquele que argumenta toma como ponto de partida de seu raciocínio teses formuladas na língua do auditório ao qual se dirige, e que normalmente é uma língua comum. Não verá na língua formal senão uma adaptação e uma regularização de uma parte da linguagem natural, adequada aos fins perseguidos pelos lógicos e matemáticos, e pelos estudiosos que utilizam em suas pesquisas modelos matemáticos.<sup>500</sup>

Superada, ainda que superficialmente, a questão da racionalidade das decisões judiciais, imprescindível para se compreender a possibilidade de maior objetivação dos critérios utilizados no exame dos fatos e das provas, o que é, em verdade, o fim da teoria dos modelos de constatação, deve-se ir adiante com o propósito de sua exposição e explicação.

---

<sup>500</sup> PERELMAN, op. cit. p. 155-156, nota 6.

Assim sendo, registra-se a existência de dois modelos de constatação apenas.

O chamado de preponderância de provas (típico do processo civil) ou verossimilhança preponderante é relativo às demandas cíveis, que trata de questões, em regra, patrimoniais e, por isto, exige menos certeza em suas decisões, mesmo porque, neste caso, uma hipotética injustiça cometida por um juiz que dê um direito a quem não o tenha, será a mesma cometida na hipótese inversa, ou seja, no caso do juiz negar um direito a quem o possuía<sup>501</sup>, sendo certo que a chance de injustiça é sempre maior quando a decisão não se baseia na versão mais provável.

Esse raciocínio, entretanto, não pode ser estendido para o processo penal, onde se julga uma pretensa restrição ao direito de liberdade de uma pessoa – que é um valor bem mais relevante que o patrimônio, exigindo-se assim um modelo de constatação mais rígido, que imponha maior grau de certeza, ao menos para que se condene um acusado, sendo denominado de prova acima da dúvida razoável, podendo-se afirmar, nesta seara, que a condenação de um inocente é algo muito mais grave e deletério para a legitimidade judiciária, que a absolvição de um culpado.<sup>502</sup>

Deve-se relevar no ensejo, que o discurso acima articulado, sobre os valores preferidos pela sociedade, não é algo inventado, mas fundado em preceitos constitucionais e infraconstitucionais que permitem o alcance de tal conclusão.

Destarte, analisando a norma constitucional que determina a presunção de inocência para todo aquele processado por crime (art. 5º, LVII da CRFB), o que inexistente para as hipóteses cíveis, onde o ônus da prova é isonômico, fundado no artigo 333, I, II e III do CPC<sup>503</sup>, pode-se alicerçar a afirmativa supra em um direito fundamental.

Ademais, analisando-se as regras do processo penal, insculpidas nos artigos 63 a 68 do CPP<sup>504</sup>, percebe-se que, quando o legislador optou para que a coisa julgada penal em determinadas hipóteses fosse eficaz também no âmbito cível, sem que a

---

<sup>501</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 44-45, nota 324.

<sup>502</sup> Ibid., p. 44-45.

<sup>503</sup> Ibid., p. 34.

<sup>504</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **Vade mecum saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2008, p 628-629.

hipótese inversa fosse possível, assim o fez por entender que a sentença penal em tais casos é proferida com base num juízo de maior convicção, fundado em mais e melhores elementos probatórios, o que é curial, já que se julga o direito de um indivíduo (que é presumivelmente inocente) dispor plenamente de sua liberdade, extraindo-se daí, outro alicerce para a idéia de dois modelos de constatação distintos.

Deve-se alertar ainda, que a teoria dos modelos de constatação não denota que no âmbito cível sejam permitidos julgamentos temerários; tal teoria, apenas afirma que um maior rigor é necessário aos julgamentos proferidos no âmbito penal, por versarem, em regra, sobre o direito humano de liberdade individual, o que permite constatar, que tal rigor redundaria na imposição de certos obstáculos à pretensão autoral, em prol do valor liberdade, o que se mostra injustificável nos casos cíveis, que versam normalmente sobre questões patrimoniais e, por isto, não possuem qualquer valor a ser protegido em detrimento do acesso à justiça, exigindo juízos isonômicos.

Nesse contexto, quadra registrar, que parte da doutrina aceita a existência de até três modelos de constatação, situando em uma extremidade o pertencente ao processo civil, em outra, o do processo penal e, no meio, o de casos especiais do processo civil (como os que envolvem improbidade administrativa ou destituição de pátrio poder)<sup>505</sup>, todavia, tal discernimento não é adequado, na medida em que os valores ou bens objetos de controvérsia numa ação de improbidade administrativa ou de destituição de pátrio poder são tão, ou quase tão relevantes, quanto o valor liberdade, sendo que esta identidade ou aproximação de graus de importância torna humanamente impossível uma distinção prática no grau de certeza para o julgamento dessas causas.

Tal elaboração dos modelos de constatação em três níveis distintos, na nossa ótica, se restringiria a um teorema acadêmico, sem qualquer relevância diante de casos concretos, pois se já é uma tarefa árdua a definição na prática da diferença existente entre os modelos de constatação do processo civil e do processo penal, quem dirá definir-se ainda, um grau de convicção mediano, que não exija tanto rigor na

---

<sup>505</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 38-39, nota 324.

avaliação das versões fáticas, mas também não se satisfaça apenas com a preponderância de provas.

Uma terceira elaboração dos modelos de constatações, ainda trabalha com a idéia de um quarto modelo, específico para os processos penais em que só tenham sido produzidas provas indiciárias<sup>506</sup>, todavia, razão também não assiste a tal criação, pois ela concebe este quarto modelo de constatação utilizando-se de um critério heterogêneo, ou seja, distinto dos utilizados para os demais, já que se ampara na espécie de provas produzidas num processo específico, enquanto na corrente ora seguida, a distinção modal se dá em decorrência da natureza do direito material objeto de controvérsia.

Ao final, resta consignar, que a menção expressa ao modelo de constatação utilizado no caso concreto, permite um real e bem delimitado debate sobre o exame das provas<sup>507</sup>, além de facilitar o controle da correção do raciocínio decisório por parte do próprio juiz, que ao final, terá de alcançar uma conclusão consentânea com o modelo de constatação expressamente mencionado por ele,

A omissão concernente ao modelo de constatação adotado, além de trazer dúvidas em casos específicos, que envolvam valores não patrimoniais, permitirá ainda, decisões com maior risco de falibilidade, apoiadas em conclusões aparentemente precipitadas e menos refletidas, ou seja, despreocupadas, ao menos expressamente, com um aspecto essencial do controle dos juízos de fato, o que a torna ilegítima e mais falível.

### **2.3.7 Por um juízo probatório isonômico e argumentativo de verossimilhança**

Inicialmente, a partir dos pontos de deficiência detectados acima, no item 2.3.1, cumpre-se registrar, que o presente tópico terá por finalidade a tentativa de

---

<sup>506</sup> Ibid., p. 43.

<sup>507</sup> Ibid., p. 31-32.

concepção de uma técnica<sup>508</sup>, a partir do direito fundamental de acesso à justiça<sup>509</sup>, que permita o aperfeiçoamento das decisões debatidas e, assim, o alcance de resultados mais justos e juridicamente aceitáveis<sup>510</sup>, diferentemente dos apresentados nos respectivos julgados.

Por técnica processual, como dito na segunda parte deste trabalho, entendemos não um mero conjunto de regras que visem a determinado fim, mas sim, um conjunto de formas, previstas ou não em lei, aptas a satisfação dos valores constitucionais na maior medida do possível.

Nesse contexto, a técnica ora proposta ou identificada, como já se pode perceber, mesclará o manejo dos elementos de direito probatório, espalhados nos tópicos acima, com o dever de fundamentação do juiz, que, além de permitir o controle das operações racionais elaboradas por ele, para se verificar se houve efetivamente profundidade e latitude no seu raciocínio decisório, por conseguinte, possibilita melhores condições às partes para recorrer à instância superior, reduzindo as possibilidades de erro para o próprio juiz, que profere uma decisão obrigatoriamente mais refletida, integral e segura, dando maior aceitabilidade a ela.

Para tanto, avaliaremos de forma mais minuciosa, como o manejo da referida técnica poderia influenciar no resultado das decisões ora analisadas, alterando os seus rumos, para que o leitor avalie a razoabilidade de nossa proposta (que apesar de não ser uma solução absoluta, parece ser eficaz), e assim, conclua também, que a fundamentação das decisões judiciais tem o escopo não só de proporcionar o contraditório e a ampla defesa plena, como também, controlar o próprio ofício jurisdicional e a qualidade das decisões proferidas, auxiliando, ainda, o juiz, na obtenção de decisões mais maduras, sendo certo que, de nada adiantaria a lei obrigar o magistrado a levar em consideração todos os fundamentos e elementos que instruem o processo, se não houver qualquer meio objetivo que permita a fiscalização do seu cumprimento.

---

<sup>508</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 72-74, nota 48.

<sup>509</sup> ALEXY, op. cit. p. 473, nota 51.

<sup>510</sup> PERELMAN, op. cit. p. 222, nota 6.

Nesse sentido, partindo do primeiro caso trazido à baila, onde teve as suas deficiências apontadas, começaremos a retificar os equívocos identificados, no intuito de tentar confirmar a hipótese acima, qual seja, a respeito da eficácia da técnica em comento, de um juízo isonômico e argumentativo de verossimilhança.

Destarte, podemos começar questionando o tratamento equivocado e, por que não dizer omissivo, dado à natureza das provas produzidas no primeiro processo em análise, pois, como se pode extrair do trecho acima transcrito, fora dito que não havia sequer indícios que autorizassem uma inferência sobre a ocorrência de acidentes com veículo automotor, o que prejudicava a pretensão de recebimento de seguro DPVAT.

Ocorre que, no mesmo voto se faz menção às provas carreadas aos autos, quais sejam: um instrumento de cessão de direitos, onde as vítimas declaram ter sofrido acidentes com veículos automotores; uma fatura de atendimento médico; e uma ficha do atendimento de emergência realizado nas vítimas.

Neste caso, além de haver mais de um indício, consubstanciados pelo fatura e pela ficha de atendimento médico emergencial, que demonstram a ocorrência de lesões graves, que obrigaram a condução das vítimas até um hospital (fatos secundários), não demonstrando diretamente a ocorrência dos acidentes com veículos automotores, que serão objetos de presunção, se assim permitir a máxima de experiência aplicável ao caso, há ainda uma prova direta, qual seja, o instrumento de cessão onde as respectivas vítimas declaram ter sofrido acidentes com veículos automotores.

Percebe-se assim, que é completamente equivocado se dizer que não há indícios nesse caso, todavia, tal equívoco não se distânciava de uma omissão, na medida em que não há qualquer justificativa a respeito desta afirmação, ou seja, não há argumentos que demonstrem ser o magistrado partidário de uma teoria distinta sobre indícios, nem há um discurso no sentido de desconsiderar tais indícios como provas, pela sua inadmissibilidade, irrelevância ou inatendibilidade<sup>511</sup>, o que foi feito, ainda que de maneira equivocada, no tocante a prova não produzida, relativa ao depoimento testemunhal do médico que realizou os atendimentos emergenciais,

---

<sup>511</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 279-280, nota 143.

que, somente por ser empregado da Autora não poderia ser tratado pela lei como impedido ou suspeito<sup>512</sup>.

Assim sendo, pode-se considerar completamente carente de fundamentação e ilegítimo o trecho da decisão que declara inexistir indícios no caso concreto, pois fundamentar não se restringe a dizer quais provas foram ou deixaram de ser produzidas num processo<sup>513</sup>.

A nosso sentir, parece que se o juiz se aprofundasse nesta questão, o resultado provavelmente seria bem diferente, pois ao buscar fundamentos para a sua afirmação, provavelmente alcançaria uma conclusão distinta, mais madura e refletida sobre a existência de indícios, o que teria, insista-se, de constar expressamente na decisão, para que o enfrentamento obrigatório deste problema fosse verificado pelas partes de maneira objetiva.

A partir de tal afirmação, podemos concluir então, que a menção expressa sobre a natureza das provas produzidas num processo, e não somente sobre quais provas foram produzidas, mostra-se essencial à legitimidade da decisão e à maior satisfação do acesso à justiça, pois será a partir dela que o juízo fático se desdobrará e a qualidade da decisão sobre os fatos poderá ser aprimorada, avaliada e controlada.

De igual modo, Perelman ensina que:

Será suficiente, para motivar, apresentar o silogismo judiciário, que abrange a regra aplicada, a constatação dos fatos subsumidos sob a regra e a conclusão que daí resulta? Evidentemente, se nem a escolha e a interpretação da regra, nem o estabelecimento e a qualificação dos fatos são contestados, esse procedimento de raciocínio está ao abrigo de toda crítica. Mas, se fosse esse o caso, não haveria litígio. O conflito surge quando um ou vários desses elementos são contestados, e a motivação, tal como concebe o direito anglo-saxão, consiste em indicar as razões que guiaram a Corte nas opções que julgou preferíveis.<sup>514</sup>

Ainda que tal obrigatoriedade não elimine por completo a possibilidade de equívocos na fundamentação, ela exigirá, sem dúvida alguma, maior esforço reflexivo, desaguando num raciocínio mais elaborado e objetivo sobre os fatos controversos, a

---

<sup>512</sup> BRASIL, op. cit. p. 653, nota 93.

<sup>513</sup> PERELMAN, op. cit. p. 214, nota 6.

<sup>514</sup> Ibid., p. 214.



fim de se comprovar que os mesmos foram integralmente enfrentados pelo magistrado, sob pena de nulidade e necessidade de análise, ainda que em segunda instância, o que, em regra, aumentará a qualidade da decisão e a tornará menos suscetível a falhas, mais transparente, aceitável e, por conseqüência, mais legítima, legitimidade esta, definida da seguinte forma por Dinamarco:

Em linhas gerais, pode-se dizer que legítimo é o sistema processual na medida em que conquiste maiores graus de aceitação social a partir da observância desses três princípios. Se a jurisdição é poder e um dos mais destacados atos de seu exercício, a sentença, é antes de tudo um ato político, é no contexto dos atos políticos que se examina a legitimidade da jurisdição.<sup>515</sup>

Obviamente, que constatando a existência de indícios, para poder extrair qualquer conclusão deles, o magistrado terá de trabalhar com a qualidade dos mesmos, classificando-os em precisos, graves e concordantes ou não, quando então decidirá, de maneira mais objetiva, pela suficiência deles ou não, podendo-se ver neste ponto, que a obrigatoriedade de fundamentação a respeito da natureza das provas, não se resume a dizer se há ou não provas indiciárias.

A importância da fundamentação, portanto, se mostra incontestável, pois seria a partir dela, no caso em questão, que a respectiva decisão poderia tomar rumos bem diferentes, haja vista que, reconhecendo a existência de indícios, se aceitaria eles como suficientes para a procedência do pedido, ou não, desde que o julgador assim entendesse e se justificasse com base na qualidade dos mesmos ou na sua inadmissibilidade.

As mesmas considerações feitas para o primeiro exemplo servem para o segundo, que também omite a idéia de provas indiciárias, apenas afirmando, de modo genérico e raso, a ausência de elementos suficientes para uma condenação, o que poderia ser diferente, se o magistrado, além de indicar as provas produzidas, trabalhasse com a idéia de provas indiciárias, propiciadoras de presunções.

Nesse caso entendeu o Tribunal, que não havia prova do nexo causal que permitisse concluir pela ocorrência de desmatamento ilegal em conseqüência de atos praticados por uma ou ambas as partes, todavia, parece que o referido órgão não se deu conta, de que em casos como este, normalmente, não há como se exigir provas diretas dos fatos, pois dificilmente haverá uma testemunha que presencie,

---

<sup>515</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 198, nota 113.

em uma propriedade privada, situada na zona rural, um desmatamento, razão pela qual, depende-se em tais demandas, como geralmente acontece na esfera civil, de um juízo de verossimilhança preponderante, e não de uma convicção plena ou acima de dúvida razoável, como já manifestado por respeitadores autores.<sup>516</sup>

Assim sendo, trabalhando com as provas produzidas, ou seja, com o contrato de arrendamento existente e com os depoimentos testemunhais, que são provas indiciárias, deveria o julgador, a partir de suas definições como provas indiciárias, fazer as seguintes reflexões: para qual tipo de atividade rural a terra fora arrendada? Qual o tamanho do imóvel arrendado? Seria viável a exploração de tal atividade no respectivo imóvel, com a manutenção das árvores arrancadas?

Além disso, levando-se em consideração outras informações também, como: quem fez a denúncia do desmatamento ilegal, por qual razão ela só fora feita aproximadamente um ano após o fato, qual a distância do imóvel com relação à residência do proprietário, poder-se-ia se questionar ainda, se seria razoável a sua omissão durante mais ou menos um ano após o corte denunciado, e se seria razoável a coincidência do arrendatário ter alugado a terra logo após o desmatamento em questão?

Observa-se desse modo, que a fundamentação do julgado em foco é carente de informações fáticas relevantes, ou seja, não faz menção em seu bojo a todos os indícios existentes e que contribuiriam para a formação de uma convicção de maior respaldo reflexivo, sendo esta uma omissão freqüente, decorrente de uma perspectiva matemática e ortodoxa do juízo probatório, que deslegitima as decisões e olvida o direito fundamental de acesso à justiça.

Perceba, que simples questionamentos como os mencionados, diante das provas testemunhais realizadas, bem como dos demais documentos e informações que cercam a questão, poderia, ao menos em tese, permitir a condenação dos réus com base em máximas de experiência, tutelando-se assim, o direito difuso a um meio ambiente sadio e ao acesso a justiça, já que, em regra, não se consegue arrendar, para vias exploratórias, propriedades que se resumem a matas nativas, ressalvada, insista-se, a hipótese de se tratar de uma área muito extensa, em que a presença de

---

<sup>516</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 201, nota 145.

tantas árvores fosse indiferente (mais de uma centena de árvores), sendo certo ainda, que o fato dos réus não terem tomado qualquer atitude em face do desmatamento, que se deu próximo a data de realização do contrato, há mais ou menos um ano antes da denúncia, chama atenção.

Sendo assim, a definição da natureza das provas produzidas, como indiciárias que são nos casos em análise, apesar de não garantir por si só um resultado diferente, aumentaria em muito a chance de um julgamento mais adequado, pois a partir do momento em que as provas indiciárias fossem identificadas, bem como a qualidade delas fosse avaliada, de três alternativas melhores que as apresentadas concretamente, uma seria alcançada no caso, pois: ou o juiz nada concluiria a partir de tais indícios, fundando-se explicitamente na sua ausência de precisão, gravidade e concordância, o que já tornaria a decisão mais bem explicada; ou o juiz os desconsideraria, fundado explicitamente na sua inadmissibilidade, irrelevância ou inatendibilidade; ou então, o juiz os utilizaria para a elaboração de uma conclusão calcada em máximas de experiência.

De todas essas opções, a última se mostra a mais adequada, principalmente, insista-se, se forem consideradas a impossibilidade de produção de provas diretas<sup>517</sup>, o modelo de constatação pertinente, e o comportamento dos réus, que em tese, teriam o dever de colaborar com o alcance da verdade<sup>518</sup>, requerendo, por exemplo, provas testemunhais mais idôneas ou até uma prova pericial, que apesar de não ser determinante poderia auxiliar na defesa, mas nada fizeram, ignorando o fato dos indícios preponderarem em desfavor deles, e que, uma análise fundada em regras de experiência e na verossimilhança das provas provavelmente conduziria a suas condenações.

Bem, conforme se pode perceber, a partir desses argumentos, se conclui que é indispensável, em qualquer fundamentação judicial, não só a feitura de menções as provas produzidas, como também a especificação da natureza das provas produzidas e as suas qualidades, se estas forem indiciárias, para que, a partir daí, se mostre fundamentado, racional e passível de um controle menos subjetivo, o

---

<sup>517</sup> MITIDIERO, ZANETI JÚNIOR, op. cit. p. 153-154, nota 483.

<sup>518</sup> PICARDI, op. cit. p. 680, nota 169.

exame dos fatos, realizado pelo julgador, entretanto, tal técnica não impediria de maneira absoluta, como já foi dito, a ocorrência de erros, apenas diminuindo-lhes as chances, em virtude do maior processo reflexivo ao qual será submetido tal exame, comprovado por meio da abrangência da fundamentação.

Compartilhando de tal entendimento, Sauvel, citado por Perelman, afirma que:

Os motivos bem redigidos devem fazer-nos conhecer com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo por ele adotado. Eles são a melhor, a mais alta das garantias, já que protegem o juiz tanto contra qualquer falso raciocínio que possa oferecer-se a seu espírito como contra qualquer pressão que quisesse influenciá-lo.<sup>519</sup>

Nesse contexto, classifica-se a técnica proposta como sendo um juízo argumentativo, já que partirá da premissa, contrária a grande parte da doutrina, principalmente positivista<sup>520</sup>, de que o exame dos fatos, apesar de envolver muitos contornos individuais, de caso para caso, e muita influência de idéias metajurídicas, não é, por isto, uma decisão arbitrária, subjetiva, irracional e intuitiva, impossível de ser controlada, apesar de ter o seu controle exercido de maneira distinta ao realizado com as operações matemáticas.

Tal controle se baseará essencialmente na razoabilidade, aceitabilidade<sup>521</sup> e, principalmente, na abrangência do discurso desenvolvido na decisão, verificável através de um procedimento integral de justificação, que envolva todos os dados fáticos importantes, buscando sempre o convencimento máximo dos jurisdicionados, o que é próprio da argumentação e, insista-se, facilitará a verificação do raciocínio judicial, por obrigar que o magistrado não só indique as provas produzidas e em seguida apresente uma conclusão, mas defina explicitamente os tipos de provas produzidos e suas qualidades, indo à fundo na sistematização dos indícios, agudeza que fica completamente prejudicada pelo pensamento míope ora criticado, que reduz o juízo probatório a formatos ingênuos, como sendo simples e meras demonstrações.

---

<sup>519</sup> SAUVEL, T. **Histoire du jugement motive**. Rev. dr. pub., 1995, p. 5-6, apud PERELMAN, op. cit. p. 213, nota 6.

<sup>520</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 05, nota 324.

<sup>521</sup> PERELMAN, op. cit. p. 222, nota 6.

Somente através de um procedimento escrito será possível demonstrar que a natureza das provas fora considerada, agregando maior qualidade e transparência às conclusões advindas dos seus exames, efeitos estes que são, conforme se vem repetindo, corolários de um processo reflexivo mais profundo e abrangente, pois a tomada de decisões que ignorem aspectos essenciais, de inúmeras conseqüências para o produto final, trará fatalmente resultados precipitados e de menor qualidade.

Ainda assim, apenas menção aos tipos ou natureza das provas produzidas e suas qualidades não seria o suficiente para garantir os efeitos aqui pretendidos, quais sejam, de redução máxima do risco de falibilidade, conjugada com maior transparência, objetividade e controle do exame dos fatos, a fim de se atender em maior medida o direito fundamental de acesso à justiça.

Frente a tal quadro, se mostra indispensável à delimitação expressa e formal das máximas de experiência utilizadas no caso concreto<sup>522</sup>, exteriorização esta completamente omitida nos casos acima estudados, não por uma questão de utilização implícita, mas sim pelo manejo inadequado dos tipos de provas nos respectivos processos, que acarretaram no completo esvaziamento das regras de experiência como premissas maiores, que permitem o alcance de presunções na forma de silogismos, mostrando-se, com isto, como pode ser grave o desconhecimento ou a incompreensão do que sejam os indícios e dos seus conseqüências.

Destarte, com o uso das máximas de experiência, no primeiro caso analisado, por exemplo, o magistrado poderia, a partir da prova consubstanciada na ficha de atendimento emergencial, presumir, em virtude das características e da gravidade do quadro clínico dos pacientes, com base naquilo que normalmente acontece<sup>523</sup>, que muito provavelmente eles foram realmente vítimas de acidente com veículo automotor, tendo em vista, que pessoas que sofrem tais tipos de lesões e são submetidas a tais tipos de procedimentos, em regra, são vitimadas por acidentes similares a um atropelamento, o que seria corroborado, inclusive, pelo termo de cessão de direitos.

---

<sup>522</sup> TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 195-217, p. 216.

<sup>523</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 276, nota 143.

No segundo caso também, com base na regra daquilo que ordinariamente acontece, aplicada aos depoimentos dos policiais ambientais (que afirmam, com experiência técnica, que o corte das árvores ocorreu a mais ou menos um ano), a ausência de prova por parte dos réus (que indicasse a ocorrência de um incêndio ou um esbulho possessório de alguma forma reclamado – já que mais de uma centena de árvores foram cortadas), ao contrato de arrendamento constante dos autos, e aos demais detalhes já cogitados, poderia se presumir, que provavelmente esse desmatamento fora provocado com o conhecimento dos réus, já que, em regra, as pessoas zelam pela suas posses e propriedades, não arrendam áreas com mata nativa para a realização de atividades exploratórias, sendo curiosíssimo o fato do desmatamento ter ocorrido em data próxima à elaboração do contrato de arrendamento.

Conforme se percebe, a explicitação da máxima de experiência utilizada é imprescindível, não somente para uma redução do risco de falha no raciocínio decisório, comprovado através da fundamentação, mas também para garantir que o contraditório e a ampla defesa sejam desenvolvidos com a maior plenitude possível, inclusive em âmbito recursal.

Todavia, não basta que o magistrado exteriorize a regra de experiência utilizada; é necessário também, como no caso dos tipos de provas produzidas, que o julgador se manifeste a respeito desta regra, justificando a sua escolha com fulcro no senso comum já mencionado, devendo ter, nesse momento, preocupação central com a sua representatividade, como bem ensina Taruffo:

Ao contrário, o recurso a experiência e ao *background knowledge* que esta pode fornecer implica, da parte do juiz, um procedimento dinâmico de pesquisa e de controle (se pode dizer de *trial and error*) visando escolher aquela noção que aparece dotada de um grau suficiente de atendibilidade e de um grau adequado de aceitação e de consenso difuso. Em substância, o juiz primeiramente deve submeter ao controle crítico as noções que a experiência e o senso comum lhes fornecem, verificando o fundamento de aceitabilidade desta noção. Cada vez que ao refletir surgir dúvidas (por exemplo, porque as partes sugeriram o recurso a outros critérios de julgamento ou a noções diversas, o juiz deverá aprofundar a sua pesquisa andando a procura de noções mais atendíveis, e majoritariamente *anchored* na cultura que represente o contexto em qual a decisão deve inserir-se.<sup>524</sup> (tradução nossa e grifos do autor)

<sup>524</sup> TARUFFO, op. cit. p. 145, nota 364. Do original: Al contrario, il riferimento all'esperienza e alla *background knowledge* che questa può fornire implica, da parte del giudice, un procedimento dinamico di ricerca e di controllo (si potrebbe dire di *trial and error*) finalizzato a scegliere quelle nozioni che pare appaiono dotate di un sufficiente grado di attendibilità e di un grado adeguato di accettazione e di consenso diffuso. In sostanza, il giudice per primo deve sottoporre a controllo critico

Assim sendo, percebe-se que, quanto à justificação das regras de experiência aplicáveis, retorna-se a necessidade de aprofundamento, agora sobre a representatividade das noções comuns constatadas *a priori*, o que será comprovado e controlado apenas por meio da fundamentação judicial, a fim de que os riscos de uma escolha precipitada sejam reduzidos e, assim, as partes não fiquem sujeitas a regras de experiência subjetivas, inidôneas e sem qualquer significância naquele local e naquela época, ou seja, que contrariem outras regras de experiência já consolidadas ou até mesmo preceitos científicos estabelecidos.<sup>525</sup>

Extraí-se de tal explanação, mais um motivo para que o magistrado faça uso de uma técnica argumentativa, que possibilite o alcance de juízos racionais, aceitáveis, que apesar de não serem absolutos, se alicercem em alguns locais comuns, em algumas razões pretensamente universais, seguindo um percurso transparente até chegar a uma decisão razoável, que não será objeto de um consenso absoluto, mas que também não será uma mostra de intuição, irracionalidade ou despotismo.<sup>526</sup>

Essa tripla função da fundamentação judicial, de facilitação do recurso à instância superior pela maior compreensão da decisão, de redução dos riscos inerentes as conclusões precoces e de comprovação desse procedimento de reflexão exigível para uma decisão mais segura, que é percebida atualmente nos países de *civil law*, mas o é há muito mais tempo nos países de *comon law*, é complementada por uma quarta função, de justificar às partes a conclusão alcançada, visando ao convencimento e à conformação delas<sup>527</sup>, escopo este que deságua também, na exigência de fundamentação a respeito dos modelos de constatação manejados no caso concreto.

Analisando as duas decisões em comento nesta parte do presente trabalho, percebe-se claramente que o exame das provas foi carregado de um rigor,

---

le nozioni che l'esperienza e Il senso comune gli forniscono, verificando il fondamento di accettabilità di queste nozioni. Ogni volta che al riguardo sorgano dubbi (ad es. perchè le parti suggeriscono di far ricorso ad <<altri>> criteri di giudizio o a nozioni diverse), il giudice dovrà approfondire la sua indagine andando alla ricerca di nozioni più attendibili, e maggiormente *anchored* nella cultura che rappresenta il contesto in cui la decisione deve inserirsi. (grifos do original)

<sup>525</sup> TARUFFO, op. cit. p. 314-316, nota 491.

<sup>526</sup> PERELMAN, op. cit. p. 237-238, nota 6.

<sup>527</sup> Ibid., p. 213-216.

totalmente incompatível com o modelo de constatação próprio do processo civil, que lida, em regra, com questões meramente patrimoniais<sup>528</sup>, como de fato se faz nos casos enfocados.

Observe bem, que não se afirma aqui, que as decisões no âmbito cível desmerecem maiores cautelas; o que se diz na verdade, é que as decisões no âmbito penal exigem maior grau de certeza do que o exigido em outras searas e, isto, se justifica pela gravidade dos reflexos que tal decisão terá sobre o indivíduo e a própria sociedade.

Destarte, o que se propõe não é a redução da segurança dos julgados cíveis, muito pelo contrário, é o seu aumento, já que quando se decide baseado na versão fática mais verossímil, a chance de acerto conseqüentemente é maior.

Nesse contexto, alguém poderia questionar: ora, que mal teria a exigência de um grau maior de certeza também para o processo civil? Haveria algum problema em se pretender assegurar maior rigor às decisões cíveis?

Sim, porque não há razões que justifiquem o desprezo da versão fática mais provável no processo civil, ressalvadas algumas exceções já mencionadas.

A maior certeza obtida no processo penal, o é a partir da imposição de um rigor altíssimo no exame das acusações que são feitas contra o réu, ou seja, se dá às custas do direito de acesso à justiça do autor, o que não se justifica no processo civil, onde se discute normalmente questões patrimoniais<sup>529</sup> e, por isto, não há justificativa para um tratamento assimétrico, que privilegie o réu e o direito humano de liberdade, inviabilizando demandas em que a obtenção de provas diretas é impossível, ou ainda, demandas em que o autor não esgotou todas as fontes e meios de provas<sup>530</sup>, como se o réu não estivesse em pé de igualdade para inverter uma situação que prepondera em seu desfavor, merecendo o tratamento de um hipossuficiente.

---

<sup>528</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 38, nota 324.

<sup>529</sup> Ibid., p. 38.

<sup>530</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 86-88, nota 325.



Essa ausência de razoabilidade e isonomia nos juízos fáticos cíveis, que têm ignorado o modelo de preponderância de provas, impondo exigências homéricas para a demonstração dos fatos, contraria frontalmente o devido processo legal na sua acepção substancial, justamente por se mostrar desproporcional, inútil e o que é pior, facilitadora de injustiças.

Excesso de rigor no exame dos fatos não se coaduna obrigatoriamente com uma idéia de justiça, podendo ensejar situações de total iniquidade, pois “a busca obsessiva da verdade e da certeza sem resíduos de dúvidas é fator de injustiças e fruto do medo, levando a julgar mal em muitos casos para não correr o risco de errar em poucos”.<sup>531</sup>

Não há razões que justifiquem o desprezo à versão mais provável em prestígio a menos provável, ao menos no processo civil, onde a gravidade da injustiça normalmente é a mesma, tanto quando se concede tutela a quem não merecia, como quando se nega a quem merecia, sendo certo, portanto, que o rigor exacerbado no juízo probatório costuma, normalmente, beneficiar à parte que menos se dispõe a cooperar com o alcance da verdade dos fatos, como nos casos acima observados, bem como ao comodismo judicial já denunciado outrora, conforme se extrai da lição de Dinamarco:

Assim, é dever do juiz afastar posicionamentos, muitas vezes comodistas, que facilitem formalmente o ato de julgar, mas possam torná-lo injusto. Exacerbar o ônus da prova e considerar inexistente um fato apesar da razoável probabilidade que resultou da prova constitui uma dessas atitudes distorcidas e apoiadas no falso pressuposto de que o processo busca a verdade objetiva e o estado subjetivo de certeza absoluta.<sup>532</sup>

Transportando tal afirmação para a dimensão dos casos em exame, consegue-se perceber que, no primeiro, dizer que o hospital não se desincumbiu do ônus da prova, e no segundo, que não há provas suficientes que permitam apontar com segurança o culpado pelo desmatamento, é impor aos autores de demandas cíveis o ônus de demonstrar categoricamente as suas alegações, em uma busca exacerbada

---

<sup>531</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 118, nota 372.

<sup>532</sup> DINAMARCO, op. cit. p. 424, nota 113.

pela certeza que, em verdade, além de não poder ser alcançada de maneira absoluta, deve ser alimentada por ambas as partes.<sup>533</sup>

Geralmente as partes se encontram em pé de igualdade na esfera civil, mas, ainda que não haja este equilíbrio, outras técnicas existem para a equalização das forças processuais, como estudado na segunda parte deste trabalho, não havendo que se proteger uma parte mediante um rigor inflexível no exame das provas, diferentemente do que ocorre no processo penal, onde a presunção é de inocência, não havendo, por isto, uma isonomia no rigor da análise das provas realizada pelo juiz, razão pela qual, a existência de uma dúvida razoável impede uma condenação e beneficia apenas o réu.

Nos casos cíveis, em se tratando de condenações a pagamento ou a obrigações de fazer ou não fazer, o julgador se permite um julgamento fundado sobre probabilidades, examinando as provas efetivamente produzidas, a fim de concluir ao final qual versão prepondera sobre a outra<sup>534</sup>, a ponto de se autorizar um julgado que, ainda que esteja errado, será tão injusto quanto se ele negasse tutela a quem provavelmente tivesse o direito.<sup>535</sup>

Como o dever de contribuir com o alcance da verdade, ao menos no processo civil, pertence a ambas as partes<sup>536</sup>, o juízo de preponderância de provas deverá avaliar, também, qual diligenciou mais neste sentido, mesmo porque, a experiência mostra, que as parte litigantes sem razão não costumam praticar uma só diligência probatória, pois provavelmente lhe será desfavorável, apegando-se, desta forma, ao ônus da prova sobre os fatos constitutivos, que na verdade não significa que o autor deve se valer de todos os meios de provas existentes no direito para demonstrar de maneira infalível a sua versão.

Se o réu em uma demanda assiste a uma incessante ou razoável produção de provas por parte do autor, no sentido de demonstrar, ainda que por meio de indícios, a veracidade de sua versão, por que ele, no afã de reverter esse quadro que lhe é

---

<sup>533</sup> PICARDI, op. cit. p. 680, nota 169.

<sup>534</sup> TARUFFO, op. cit. p. 232, nota 333.

<sup>535</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 44-45, nota 324.

<sup>536</sup> PICARDI, op. cit. p. 680, nota 169.

desfavorável, não contribui com a instrução processual, solicitando provas periciais, acareações, esclarecimentos técnicos, arrolando testemunhas e juntando documentos, ainda que indiciários, que permitam um exame de preponderância de provas a seu favor?

Perceba que esse questionamento mostra-se totalmente pertinente aos casos analisados neste trabalho, pois os réus nos referidos processos poderiam e deveriam ter produzido as provas que não produziram, já que as efetivamente realizadas lhes eram desfavoráveis, apesar de serem insuficientes no entendimento pretoriano.

O grau de convicção do juiz num julgamento cível não precisará ser o mesmo do que numa demanda penal, haja vista os reflexos bem menos deletérios de um hipotético erro e, em virtude disto, a condição de igualdade, ao menos *a priori*, existente entre as partes, permite a realização de um julgamento isonômico, calcado na versão mais provável, mesmo porque, não há que se falar em verdade absoluta na reconstrução de fatos pretéritos, o que decorre da própria limitação humana para tanto.<sup>537</sup>

Em igual direção, segue o magistério de Knijnik, ao ensinar que:

Deste modo, tais regras devem ser entendidas como definidoras do nível de erro aceitável, cujo risco é inevitável. Em síntese, o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o grau de certeza necessário e, via de consequência, o modelo de constatação a ser adotados pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia a valoração.<sup>538</sup>

Além disso, o comportamento adotado por muitos juízes, de exigir que o autor produza todos os meios de provas existentes no direito, chegando ao ponto de inviabilizar demandas pela ausência de provas diretas, além de não garantir uma certeza sublime, permite a manipulação do julgado em muitos casos, com a identificação de provas supostamente úteis ao alcance de tal segurança, mas que em verdade, na maior parte dos casos, não são determinantes, não infirmariam as demais produzidas<sup>539</sup> e, muitas vezes, não são visualizadas como necessárias pelas

---

<sup>537</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 269-272, nota 143.

<sup>538</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 44, nota 324.

<sup>539</sup> MITIDIERO, ZANETI JÚNIOR, op. cit. p. 155, nota 483.

partes, que também não têm a obrigação de ser perfeitas e senhoras de uma cautela metafísica na instrução de um processo, mesmo porque, inexistente um rol taxativo das provas que devem ser produzidas em cada caso concreto, valendo, por isto, além dos poderes instrutórios, a prevalência da versão melhor demonstrada.<sup>540</sup>

Em verdade, essa postura de rigidez demasiada no exame fático é uma característica do período liberal e privatista do processo, em que a intervenção estatal na esfera jurídica privada devia ser excepcional e fundada apenas numa certeza calculista, em nome de uma suposta segurança, importante apenas para quem não dependia do judiciário para resolver os problemas capitais de sua vida, ou seja, para as classes mais abastadas, sendo completamente ignorados os reflexos das decisões judiciais na esfera pública, ou seja, na sociedade e nas instituições políticas, ignorância que hoje não mais predomina.

Não obstante, com a evolução ocorrida principalmente no século XX, enxergou-se a insuficiência dessa visão e as injustiças que ela cristalizava, por não permitir maiores interferências nas relações privadas, nitidamente marcadas pela desigualdade inerente a uma perspectiva meramente formal de justiça, transformação esta que fora seguida por uma maior maleabilidade no exame dos fatos, seja para que casos difíceis não tenham um julgamento justo inviabilizado, seja para que não se conceda uma cômoda posição a habituais violadores de direitos.

A construção teórica ora desenvolvida não elimina todos os problemas relativos ao exame das provas, que ainda persistirão quando da decisão sobre os fatos de uma causa, entretanto, estabelece uma diferença fundamental nos graus de convicção do juiz, que irá variar conforme o direito material discutido<sup>541</sup>, instigando ambas as partes a contribuírem com o alcance da verdade mais provável nos casos cíveis<sup>542</sup>, a partir do momento em que autoriza o julgamento, nestes casos, com base num juízo de preponderância de provas.

Tal exame de preponderância se assemelha muito ao famoso juízo de verossimilhança que Calamandrei já preconizava em sua obra, no início do século

---

<sup>540</sup> TARUFFO, op. cit. p. 319, nota 491.

<sup>541</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 45, nota 324.

<sup>542</sup> CALAMANDREI, op. cit. p. 270, nota 143.

XX, com certa limitação, é verdade, mas que até hoje parece não ter sido bem compreendido, senão observe:

Mas quando todas as provas têm sido admitidas e esgotadas, e o juiz não tem outra opção mas que avaliá-las segundo sua livre apreciação, então a verossimilitude ou a inverossimilitude voltam a ser a posteriori argumentos dos quais pode o juiz se servir para formar sua convicção. Especialmente quando os materiais probatórios consistem em deposições testificais mutuamente contrastantes, ou quando das provas recolhidas só resultem indícios dos quais se pode remontar à verdade unicamente por meio de raciocínio presuntivo, o juízo de verossimilitude pode ter na consciência do juiz valor decisivo: (...). Pode-se estabelecer, então, esta regra: que enquanto a inverossimilitude não é um motivo para não admitir a prova a respeito delas, a verossimilitude delas pode bastar, depois da assunção útil de outras provas, para fazer que se considere-as provadas.<sup>543</sup>

Conforme se observa, o Autor supracitado admite o juízo de verossimilhança, como ora se defende, todavia, ele o condiciona de maneira equivocada, ou melhor, em consonância com os padrões de sua época ou até um pouco à frente dela, à produção e ao esgotamento de todos os meios de prova, o que vem sendo insistentemente combatido, pois o que é necessário nos casos cíveis é a produção de provas suficientes para demonstrar a maior probabilidade de uma versão, cabendo à parte contrária, em situação de desvantagem na cognição dos fatos, infirmar as provas produzidas por novas provas, ainda que indiciárias, ou então diligenciar no sentido de convencer o magistrado da ocorrência de fatos novos, extintivos, impeditivos ou modificativos.

No processo penal, pelo fato de uma condenação cercear um dos mais importantes direitos humanos, o próprio legislador concebeu, de maneira acertada, um ônus da prova mais rigoroso para se condenar uma pessoa pela prática de um crime, do que o suportado pelo acusado para demonstrar sua inocência, pois para tanto, basta que o mesmo suscite uma dúvida razoável.

Todavia, insista-se, tal disparidade na distribuição do ônus da prova não se verifica – e nem poderia, na maioria dos processos civis, onde o rigor para a consideração de uma hipótese como verdadeira não pode ser semelhante ao relativo a uma acusação penal, já que a natureza do direito material tratado na seara civil não justifica esse maior rigor, que resultaria na imposição de um obstáculo

---

<sup>543</sup> Ibid., p. 295.

desnecessário à pretensão autoral, bem como de um tratamento assimétrico às partes.

Da mesma forma, Knijnik afirma que:

Quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado. Assim, os modelos de constatação têm uma função simbólica, com conseqüências práticas, não apenas evitando erros judiciários, mas realçando a importância de sua decisão, conforme a natureza da causa.<sup>544</sup>

Quando se impõe um maior rigor no exame da prova para o processo penal, cria-se ao mesmo tempo, um maior obstáculo ao êxito da acusação, o que, em demandas penais se justifica pelos gravíssimos efeitos decorrentes da condenação criminal, contudo, esta visão jamais poderá vigorar no processo civil, onde a natureza do direito material objeto de controvérsia não justifica tal assimetria.

É preciso deixar claro, que tais falas não redundam numa perda de segurança para os julgamentos cíveis, pois o mais seguro sempre foi e será decidir em favor da versão mais provável, a não ser que as conseqüências de um erro pela condenação equivocada sejam catastróficas, como ocorre na esfera penal.

Assim sendo, mostra-se indispensável para a proteção do direito fundamental de acesso à justiça, o explícito manejo da teoria dos modelos de constatação em todas as decisões, na medida em que, ao obrigar o juiz a considerar este ponto relevante do juízo fático, transparece a todos as suas razões e reduz o risco de imposição de obstáculos irregulares à concessão da tutela jurisdicional, principalmente em se tratando de demandas cíveis, por tudo que foi até agora exposto.

A pretensão ora espraiada, de abrandamento da exigência probatória não se encontra solitária e infundada, ancorando-se em precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que em caso envolvendo a questão probatória ora discutida, assim se manifestou, com base em julgados anteriores:

REsp 208262/CE - RECURSO ESPECIAL 1999/0023488-0  
T4 - QUARTA TURMA

Data do julgamento: 17/08/2004

Data da publicação/fonte: DJ 27/09/2004 p.359 LEXSTJ vol. 183 p. 83

---

<sup>544</sup> KNIJNIK, op. cit. p. 45, nota 324.

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PRESCINDIBILIDADE - REAVALIAÇÃO DE PROVAS INDICIÁRIAS - IMPOSSIBILIDADE, NA VIA ELEITA - ANÁLISE DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO - SÚMULA 07/STJ - NÃO CONHECIMENTO.

1 - O Magistrado pode utilizar-se de **provas indiciárias** para decidir a respeito do vínculo de **paternidade**, sendo prescindível a realização do exame de DNA. In casu, o Juízo Monocrático concluiu ser o recorrente pai do recorrido, considerando o resultado de exame hematológico, além do conjunto fático-probatório apresentado nos autos, especialmente as declarações do recorrente e da representante do recorrido, bem como os depoimentos das testemunhas. Outrossim, nesta seara, reavaliar as provas apresentadas, visando modificar a conclusão das instâncias ordinárias, implica adentrar em exame de material fático-probatório, o que é inadmissível. Incidência da Súmula 07/STJ.

2 - Precedentes (REsp nºs 216.719/CE e 223.704/DF).

3 - Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram de acordo os Srs. Ministros BARROS MONTEIRO, CESAR ASFOR ROCHA e FERNANDO GONÇALVES. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR.<sup>545</sup>

Conclui-se, portanto, pela prescindibilidade da produção de todos os meios de provas existentes no direito, para a demonstração de uma afirmação fática de âmbito cível, passível de sofrer um juízo de verossimilhança, ainda que existam outras provas a serem produzidas, mas desde que as já produzidas convençam o juiz da maior probabilidade de uma versão sobre a oposta, que poderia prevalecer se a parte que a defende requeresse e produzisse também algumas provas, sendo inadmissível que o juiz exija uma reconstrução impecável dos fatos para uma parte, colocando a outra na situação confortável de apenas assistir ao sacrifício alheio, incompatível com o direito meramente patrimonial debatido, que não requer as mesmas disparidades imanentes aos debates judiciais penais, em prol do direito de liberdade.

Ainda assim, conforme visto nos julgados ora submetidos a críticas, tal desvirtuamento do ônus da prova persiste na prática, o que se apresenta como uma decorrência de visões privatistas e liberais, que subjazem o não conhecimento dos modelos de constatação próprios do processo civil, ou então, uma incompreensão

---

<sup>545</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 208262/CE**. 4ª Turma. Data do julgamento: 17/08/2004. Data da publicação: DJ 27/09/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27de out. 2008.

de tais modais, razão pela qual, a única forma de se controlar o fato de o magistrado conhecer o modelo de constatação aplicável ao caso concreto, tornando-o inclusive objeto de recurso em caso de irrisignação com a decisão, é exigindo a sua especificação explícita, de preferência antes da conclusão relativa à veracidade ou não de uma versão, pois tal menção reduzirá a possibilidade de falha para o próprio juiz, que às vezes é intuitivamente condicionado a comodidade de negar tutela para um direito fundado numa versão apenas mais provável que a outra.

Dessa forma percebe-se, que se os magistrados tivessem se atentado para o modelo de preponderância de provas aplicáveis aos casos em comento, antes de afirmarem que não houve produção suficiente de provas autorizadas de uma condenação, teriam eles, muito provavelmente, concluído pela procedência das respectivas demandas, ante ao fato do material probatório autoral ser convincente – principalmente se considerada for toda explanação sobre as provas indiciárias e as máximas de experiência, bem como o passivo comportamento dos réus.

De todo modo, mesmo se o equívoco persistisse após toda a fundamentação proposta, ainda assim se trataria de uma decisão formalmente legítima e que propiciaria maior transparência e controlabilidade para os atores do processo e para a sociedade, em consonância com o direito fundamental de acesso à justiça.

A partir daqui, se passará no próximo tópico a enumerar as conclusões alcançadas no presente estudo.



## CONCLUSÃO

No plano geral, o presente estudo propicia a elaboração de três conclusões mais abrangentes.

Primeiramente se pode afirmar que o direito fundamental de acesso à justiça, tendo de ser satisfeito na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, impõe ao juiz no uso do seu poder diretivo, um constante aprimoramento da técnica processual, de modo que ela não se resuma às regras processuais e, assim, não se mostre impotente ou alheia aos novos problemas e possibilidades de aperfeiçoamento,

Tal assertiva importa numa compreensão mais abrangente da técnica e da instrumentalidade processual, por ora denominada de instrumentalidade humanística, a ponto de se permitir que os seus tradicionais escopos sejam prestigiados em detrimento da legalidade estrita gerada por um longo período de distorção positivista.

Dessa maneira, as técnicas dos poderes instrutórios, da inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova, da prova emprestada e do juízo isonômico e argumentativo de verossimilhança, como técnicas que contribuem para uma atividade probatória mais eqüitativa e célere, e um juízo probatório mais motivado, qualificado e legítimo, constituem deveres a serem observados pelos magistrados no exercício do poder jurisdicional à eles atribuído, já que eles não podem se furtar à observância da melhor técnica, ainda que inexista regra legal específica sobre o assunto, sob pena de terem suas decisões controladas pela instância superior, caso isto acarrete em prejuízo para a parte que se beneficiaria com a forma olvidada.

Nesse cenário, buscando-se a melhor e mais minuciosa sistematização das premissas que permitiram o assentamento dessas conclusões genéricas, serão enumeradas as seguintes conclusões específicas, inicialmente tangentes apenas ao primeiro capítulo.

1 – Vive-se atualmente em um novo momento do Direito, diverso da legalidade estrita experimentada pelas distorções positivistas, por se constatar uma reaproximação explícita dos valores humanos que inspiram a justiça natural, o que

traz reflexos tanto para o processo de criação, como de aplicação do direito, e situa a ciência jurídica no paradigma pós-positivista.

2 – Na constituição brasileira são identificados inúmeros princípios, tais como de justiça, liberdade e solidariedade, de inafastabilidade da tutela jurisdicional, direito de petição, devido processo legal, juiz natural, contraditório e ampla defesa, razoável duração do processo, publicidade e fundamentação, que convergem para um idéia substancial de acesso à justiça, muito diferente de uma visão formalista, que se contente com o simples ingresso de petições no protocolo do Judiciário.

3 – Sob uma perspectiva ontológica, o acesso à justiça se justifica como um direito humano e fundamental, não apenas por ser uma dos pilares mestres do modelo republicano e democrático de Estado, mas principalmente por ser um corolário da autonomia decorrente da racionalidade humana, que impõe a todos à necessidade de se tomar decisões sobre suas vidas e, com isto, implica a existência e a proteção de direitos, por mais singelos que estes sejam.

4 – A evolução dos direitos fundamentais suportadas nos últimos quatro séculos estabelece uma maneira positiva de implementação dos seus preceitos.

5 – O acesso à justiça, apresentado e justificado como um direito fundamental, depende da realização de prestações positivas tendentes à implementação, na maior medida do possível, da mais ampla e qualificada satisfação desse direito, impondo um constante aprimoramento da técnica processual.

6 – Para tanto, deverá valer-se o magistrado, na atual quadra pó-positivista, das normas semântica e estruturalmente abertas (termos vagos e cláusulas gerais) que compõem todo o ordenamento jurídico moderno, mas principalmente a Constituição Federal.

7 – Essa nova perspectiva da atividade jurisdicional em relação à proteção dos direitos e ao manejo das normas acarretou numa nova idéia do poder diretivo do juiz, que desde há muito não se reduz a uma simples direção formal do processo.

8 – A segurança jurídica não apresenta qualquer obstáculo às afirmações ora realizadas, pois todas elas são fundadas em princípios e valores positivados pela Constituição Federal.

9 – Nem a idéia de devido processo legal ou justo processo regulado por lei podem servir de empecilho para as afirmações aqui despendidas, porque não se defende aqui o olvidamento às normas pátrias, nem se encontra situada na evolução histórica de tais conceitos qualquer pretensão de redução do direito processual à regras exaustivas insculpidas num emaranhados de leis ou códigos, sentido este que, ademais, conflitaria com os valores proporcionalidade e razoabilidade, ínsitos na acepção substantiva da cláusula devido processo legal.

10 – Aliás, mostra-se verdadeiramente inviável qualquer pretensão de se impor ao legislativo o dever de elaboração de regras exaustivas para a resolução de todo e qualquer problema concreto mais agudo, que não se amolde perfeitamente a hipótese genérica e abstrata da lei existente.

11 – Nesse sentido, os limites impostos ao poder diretivo do juiz são aqueles previstos expressa ou implicitamente nas normas constitucionais.

12 – O controle do exercício de tal poder será exercido em cada caso concreto, pela argumentação desenvolvida na fundamentação judicial, que diante de casos difíceis se valerá da ponderação e da proporcionalidade, que se apresentam em dimensões e momentos distintos, já que a ponderação será realizada entre valores colidentes, enquanto a proporcionalidade será analisada entre as medidas práticas tendentes a máxima satisfação do valor preponderante, com o mínimo sacrifício do valor colidente.

13 – Além do dever de fundamentação incidente sobre a atividade jurisdicional, outros mecanismos existem para o controle dessa atividade, tais como a ampla defesa, o contraditório, a publicidade, a imparcialidade e a recorribilidade das decisões judiciais.

14 – Não bastassem todos os fundamentos, a instrumentalidade processual, tanto no seu aspecto negativo como no positivo, também empresta razões justificadoras do dever judicial de constante aprimoramento da técnica processual, pois se os atos praticados ao arrepio da lei podem ser aproveitados se não causarem prejuízo, pela mesma razão se deve aproveitar os atos praticados sem previsão legal, que estejam em consonância com os princípios constitucionais. Outrossim, concernindo o aspecto positivo da instrumentalidade processual à uma mudança de postura dos

magistrados a ao modo de ser do processo, para que este se preste da melhor maneira possível a satisfação do arcabouço axiológico orientador do processo civil pátrio, nada mais natural que dentro desse quadro de transformações se apresente uma técnica processual mais ampla que a legalidade estrita poderia propor, mas abalizada pelos princípios constitucionais.

15 – A diferença fundamental entre o dever de constante aprimoramento da técnica processual e o princípio da adaptabilidade, é que este está tradicionalmente ligado a uma visão legalista, onde até as hipóteses de adaptação são reguladas por lei. Ademais, o dever ora proposto não se reduz à obrigação de adequar o procedimento às características do caso concreto, mas de aperfeiçoá-lo continuamente, conforme as novas possibilidades e problemas trazidos pelas constantes mudanças sociais, o que se autoriza pela abertura dos princípios constitucionais, ou seja, adaptar e aprimorar são dois verbos distintos, que, por conseguinte, impõem ações práticas diferentes.

16 – A grande distinção entre o dever de constante aprimoramento da técnica processual e o princípio da operosidade, que impõe a todos os atores do processo sempre a prática dos atos tendentes ao alcance do melhor resultado, está nas perspectivas que ambas possuem, pois a operosidade impõe a melhor forma dentro daquelas previstas pelas regras processuais, ao menos para a cultura legalista que predominou nos últimos dois séculos, enquanto o dever ora proposto impõe o constante aprimoramento, ainda que inexista previsão legal específica, levando-se em conta as transformações ocorridas no contexto social, em conformidade com a abertura proporcionada pelo conteúdo eminentemente principiológico do atual modelo constitucional de processo.

Quanto às conclusões específicas relativas ao segundo capítulo deste trabalho, que tem por escopo a realização de uma análise pragmática dos desdobramentos do dever de constante aprimoramento da técnica processual sobre os poderes instrutórios, a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova, a prova emprestada e o juízo probatório, as seguintes asserções podem ser realizadas:

17 – No atual paradigma constitucional e processual, a técnica processual deve ser entendida não mais como um conjunto de regras predispostas à regulamentação do

procedimento judicial, mas como o conjunto de mecanismos predispostos ao oferecimento do mais justo resultado processual e material.

18 – A instrumentalidade processual deve ter acrescido expressamente ao seu significado, a idéia humanística de superação do legalismo estrito em prol da resolução dos problemas práticos com justiça, o que, aliás, encontra-se em total sintonia com os escopos da jurisdição já identificados por tal teoria.

19 – Os poderes instrutórios do juiz constituem importante técnica para o aprimoramento da atividade probatória e, por isto, devem ser exercidos sempre que se fizer necessário o conhecimento de um fato novo, independentemente de ter havido alguma iniciativa da parte onerada, mas desde que haja uma fonte de prova disponível, sob pena de nulidade da decisão que se fundar na não demonstração do fato, por violação ao direito fundamental de acesso à justiça, a ser sanada em segunda instância.

20 – A inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova também constitui importante mecanismo de aprimoramento da atividade instrutória, na medida em que propicia um equilíbrio das forças em tensão no processo judicial, por impor a única parte em condições de demonstração de um fato não afirmado por ela, o ônus de produzir a respectiva prova, razão pela qual a utilização dessa técnica não deve ser limitada as hipóteses de relação de consumo, mas sim a todas as hipóteses em que ficar configurada a hipossuficiência de uma parte, que se traduz na sua incapacidade de produção de determinado meio de prova, por não dispor da respectiva fonte.

21 – A prova emprestada se apresenta como uma técnica de aceleração e economia, eficaz para a redução da demora e do custo do procedimento, motivo pelo qual o seu manejo deve ser visto como um corolário do direito fundamental de acesso à justiça, respeitada, por óbvio, a garantia do contraditório na produção originária e após o requerimento de empréstimo da prova.

22 – Quanto ao juízo probatório, fora constatada, por meio da análise de alguns julgados extraídos de importantes Tribunais de Justiça pátrios, uma carência no exame realizado sobre os fatos, por ausência de uma amplitude argumentativa na motivação elaborada, que abrangeu apenas uma rasa menção sobre cada prova

produzida, omitindo assuntos imprescindíveis ao desenvolvimento justificado e legítimo, tangentes à partes fundamentais do raciocínio decisório, tais como a natureza das provas produzidas e suas conseqüências, bem como ao modelo de constatação aplicado ao caso concreto.

23 – A carência apontada acaba desaguando numa crise de legitimidade, pois a deficiência na motivação prejudica a qualidade da decisão, o direito de recorrer da parte, o exame pelo Tribunal superior e o próprio controle realizado pela sociedade civil democraticamente organizada, violando valores éticos conquistados ao longo dos séculos e positivados na Constituição brasileira, dentre eles o dever de fundamentação e, em última instancia, o direito fundamental de acesso à justiça.

24 – Desse modo, as provas efetivamente produzidas devem ser classificadas na decisão judicial em diretas ou indiretas, ou seja, aquelas que demonstram diretamente o fato principal sobre o qual se funda a pretensão de uma parte, ou aquelas que demonstram um fato secundário (indícios) e, com isto, permite a realização de uma presunção a respeito do fato principal.

25 – Se presente alguma prova indireta, deverá o magistrado especificar em sua decisão a qualidade deste indício, no que tange à sua precisão, gravidade e concordância, bem como a máxima de experiência autorizadora da realização de uma presunção ou a sua ausência, sendo esta máxima uma regra extraída da percepção sobre aquilo que normalmente acontece, que consubstancia o campo de conhecimento formado pela civilização humana de determinado tempo e local.

27 – Ademais, deverá ser especificado também o modelo de constatação aplicado ao caso concreto, dentre os dois existentes, quais sejam: o típico do processo civil, de verossimilhança preponderante, considerado isonômico por distribuir proporcionalmente o ônus da prova, e o típico do processo penal, de convicção acima da dúvida razoável, considerado desigual por impor um ônus maior a acusação do que a defesa.

28 – Sendo assim, em todo juízo probatório deve necessariamente ser mencionada, de maneira expressa, a natureza ou o tipo das provas produzidas e suas qualidades, as máxima de experiência que possam eventualmente ser aplicadas, as presunções delas decorrentes e o modelo de constatação aplicado ao caso concreto, que,

insista-se, para as demanda cíveis normalmente é o de verossimilhança preponderante, a fim de que a decisão encampe toda abrangência argumentativa que deve encampar e não crie um desequilíbrio entre as partes, impondo um ônus mais excessivo a uma em benefício da outra, que se mantém cômoda numa situação de inércia.

29 – Sugere-se ao final, que esses deveres, de amplitude argumentativa e equilíbrio no juízo probatório, sejam satisfeito por um juízo isonômico e argumentativo de verossimilhança, técnica que reúne os pressupostos argumentativos concernente aos tipos de provas produzidas e às máximas de experiências aplicadas, com o modelo de constatação inerente ao processo civil, de verossimilhança preponderante.

## REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova ... In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito Processual Coletivo ...** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 244-253.

ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um “devido processo proporcional”. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: ...**, Almedina: Coimbra, 2006, p. 417-435.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. Vol. III, 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. A defesa do consumidor em juízo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 5, p. 190-201, janeiro-março 1993.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 22, p. 135-153, abril-junho 1997.



BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz ... **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, p. 140-150, janeiro/março 1985.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 231-238, julho/setembro 1984.

\_\_\_\_\_. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito Processual**, 2. série, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85-99.

\_\_\_\_\_. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial ... **Temas de Direito Processual Civil**, 3. série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 79-86.

\_\_\_\_\_. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 178-184, julho/setembro 1984.

\_\_\_\_\_. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes ... **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 7-14, janeiro/março 1986.

\_\_\_\_\_. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 199-209, julho/setembro 1983.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o principio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional ... In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, ...** 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-378.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, ...** 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_; GAGNO, Luciano Picoli. A técnica processual e a instrumentalidade na perspectiva do direito humano de acesso à justiça. **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2009, p. 216-234.

BOVE, Mauro. Art. 111 Cost. e <<giusto processo civile>>. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LVII (Seconda Serie), n. 2, p. 479-522, Aprile-Giugno 2002.

BRASIL. Código Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. **Vade mecum saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade mecum saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657/1942. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.307/96. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 208262/CE**. 4ª Turma. Data do julgamento: 17/08/2004. Data da publicação: DJ 27/09/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 173/DF**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 25/09/2008, órgão julgador: Tribunal Pleno, requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI, requerido: Congresso Nacional, publicação: DJ 20-03-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 de out. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 328138/MG**. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 16/09/2003, órgão julgador: Primeira Turma, recorrente: Ana Paula Câmara Dantas, recorrido: Ministério Público Estadual, publicação: DJ 17-10-2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 17 de nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 6ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70017271156**. Apelante: Paulo Adelio Miranda. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. de 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70020746632**. Apelante: Itamar dos Santos Fleck. Apelado: Valdi Helio Poll. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. de 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70018582635**. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 119494805**. Apelante: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Apelado: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Penapólis. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 27 de out. 2008.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, Direito e Processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional a prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 3).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. Iniciativas probatoria del juez ... **Oralidad y las pruebas em el processo civil**. Buenos Aires: Ejea, 1972, p. 111-135.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

CHIARLONI, Sérgio. Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LV (Seconda Serie), nº 4, p. 1.010-1.034, Ottobre-Dicembre 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e técnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli, 2004.

\_\_\_\_\_. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 112, ano 28, p. 159-176, outubro-dezembro 2003.

\_\_\_\_\_. Garanzie Costituzionali e “giusto processo” (modelli confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, nº 90, ano 23, p. 95-150, abril-junho 1998.

\_\_\_\_\_. Il <<giusto processo>> civile nella dimensione comparatistica. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LVII (Seconda Serie) – N. 3, p. 702-758, Luglio-Settembre 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. **Capítulos de Sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Escopos Políticos do Processo. In: \_\_\_\_\_ et al (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114-127.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 3.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Vitor S. de Zavalia, 1981, tomo 1.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. 8. ed., São Paulo: Global, 1990.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 34, nº 131, p. 51-63, julho-setembro 2008.

FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação**. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia da autonomia**. 37ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

FORNACIARI, Mario Alberto. Actividad esclarecedora del juez ... **Revista de Processo**, São Paulo, n. 46, p. 90-102, abril/junho 1987.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do Juiz. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 7, p. 30-36, julho-setembro 1993.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 13, p. 33-41, janeiro-março 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_ et al. **As nulidades no processo penal.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_ et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 8. ed. São Paulo: Forense, 2005.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ...** Madri: Dykinson, 2003.

HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no Direito Processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Vol. 389, p. 43-56, janeiro-fevereiro 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. As (perigosíssima) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos ... In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, jul. 1993.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento ... **Revista de Processo**. São Paulo, n. 35, p. 24-67, julho/setembro 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processual Civil**: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

\_\_\_\_\_. Formação da convicção e inversão do ônus da prova ... **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, volume 862, p. 11-21, agosto 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

\_\_\_\_\_; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

**MICHAELIS**: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **ÉTICA E DIREITO**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, n. 3, p. 673-681, Luglio-Settembre 1988.



\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça – juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Forense.

PIZZORUSSO, Alessandro. Garanzia costituzionale dell'azione. **Digesto delle Discipline Privatistiche** – Sezione Civile. 4. ed., Torino: UTET, vol. VIII, 1992, p. 607-614.

SANTOS RODRIGUES, Marco Antônio dos. Apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, Vol. I, p. 113-128, dezembro 1996.

TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, n. 91, p. 92-114, julho-setembro 1998.

TARUFFO, Michele. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 235-275.

\_\_\_\_\_. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p.305-328.

\_\_\_\_\_. Idee per una teoria della decisione giusta. **Sui confini**: Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 219-234.

\_\_\_\_\_. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: DINAMARCO, Candido Rangel et al. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 37-50.

\_\_\_\_\_. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p.195-217.

\_\_\_\_\_. Senso comune, esperienza e scienza ... **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 121-155.

TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Ano LVII (Seconda Serie), n. 2, p. 329-350, aprile-giugno 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e Processo Civil: aspectos polêmicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 671, p. 32-39, setembro 1991.

\_\_\_\_\_. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações ... In: TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: DINAMARCO, Candido Rangel et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.