ANÁLISE CRÍTICA E SISTEMÁTICA ACERCA DA (MODERNA) TEORIA GERAL DA PROVA CÍVEL

Vitor Gonçalves Machado

Bacharel em Direito (UFES – Universidade Federal do Espírito Santo). Aluno Especial do Curso de Mestrado em Processo Civil da UFES – Disciplina: Justiça, Verdade e Processo. Membro do Grupo de Estudo em Direito Probatório do Curso de Mestrado em Processo Civil da UFES. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera/LFG. Advogado (OAB/ES).

Resumo: O tema da prova cível tem ganhado demasiada importância nos últimos tempos, sobretudo após a Constituição Federal de 1988. O ônus da prova, sua classificação e características, sua principiologia e a própria definição do que venha a ser “prova” devem ganhar uma roupagem publicista e baseada no modelo constitucional do processo civil brasileiro. Outrossim, importante se faz a análise dos dispositivos legais insertos no Projeto de Lei nº 166/2010. Uma nova perspectiva a respeito do contraditório no âmbito da prova e da construção da verdade processual, igualmente, é necessária para a (moderna) compreensão da teoria geral da prova cível.

Abstract: The issue of civil evidence has gained increasing importance in recent times, especially after the Federal Constitution of 1988. The standard of proof, its classification and characteristics, its principles and the very definition of what will be “proof” must wear a publicist vision and be based on the Brazilian civil procedure constitutional model. Moreover, it is important to analyze the legal provisions inserts on the Bill N. 166/2010. Also, a new perspective on the contradictory on the scope of proof

and the construction of the procedural truth is needed for the (modern) understanding of the general theory of civil evidence.

Palavras-Chave: Prova; modelo constitucional; ônus da prova; contraditório; verdade processual.

Keywords: Proof; constitutional model; standard of proof; contradictory; procedural truth.

1. INTRODUÇÃO:

Uma nova perspectiva sobre a prova e os institutos legais a ela iminentes começou a se modelar a partir da passagem do Estado Liberal para o *Estado Social*, surtindo, conseqüentemente, importantes reflexos dentro do processo (civil).

Um exemplo dessa passagem é a participação mais atuante do magistrado dentro do processo, de modo que incessantemente tenda a buscar, juntamente com as partes, a concretização da *paz social* (mesmo que isto venha a representar um conceito jurídico indeterminado) mediante o uso democrático dos instrumentos processuais¹.

O nascimento do Estado Social, assim, fez com que a prova ganhasse uma orientação publicista e o processo se preocupasse em perseguir a igualdade material entre as partes, e não aquela enfadonha igualdade formal. Nesse sentido, os meios de prova passam a ter uma importância decisiva na busca da “verdade”.

Importa observar e analisar também a compreensão do estudo probatório sob a perspectiva do *Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010*, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil (CPC), atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

¹ Conferir: RODRIGUES, 2008, p. 176-177; SANTOS, RABELO, 2009, p. 97.

De todo modo, o caminho que aqui pretende se trilhar será sempre por uma plena incidência, bem como uma maior efetividade, dos princípios constitucionais processuais ao tema da prova cível, como o contraditório e a ampla defesa, a fim de implementar uma legítima e emancipadora democracia participativa na relação processual pela utilização de um dos elementos mais relevantes (*senão o mais*) do processo civil: *a prova*, o “coração do processo”.

2. DEFINIÇÃO DE PROVA:

Muitos autores discutem a respeito do que verdadeiramente poderia ser o conceito de prova, não sendo sua conceituação uma tarefa simples.

Leonardo Greco, em interessante artigo sobre o conceito de prova, trouxe as mais variáveis concepções analisadas pela doutrina. Segundo o professor, a prova pode ter uma concepção *metajurídica* (como um fenômeno que o conhecimento humano faz uso em todas as áreas do saber), ou um sentido mais *lógico* (raciocínio pelo qual se fixam as conclusões que derivam de certas premissas), ou uma concepção puramente *processual* (prova como o significado da soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo, conforme define Moacyr Amaral Santos). Pode ter, ainda, um sentido vinculando prova como *sistema normativo* (conjunto articulado de regras jurídicas e princípios), ou como *argumento/raciocínio jurídico*, ou, como conclui Greco, assimilando prova como *garantia* (apta à descoberta da verdade objetiva)².

No entanto, o autor peca ao afirmar que a prova deve ser um instrumento de reconstrução racional dos fatos e apto a buscar a verdade objetiva no processo³, visto que é intangível a “verdade”, sendo nada mais que uma quimera judicial, e a reconstituição do fato tal como ocorreu igualmente representa uma idealista visão de que se pode enxergar um dado fenômeno exatamente como ele tenha ocorrido no passado.

² GRECO, 2005, p. 368, 370-371, 381-382 e 387-388.

³ Idem, p. 387-388.

Marcelo Abelha Rodrigues, por sua vez, ressalta que a prova possui dois prismas, a saber: i) um objetivo, que são os elementos que possibilitam ao magistrado chegar ao conhecimento da verdade; ii) e outro subjetivo, o qual se trata da convicção do juiz perante as provas produzidas⁴.

Luiz Fux, em posição convergente com a de Abelha Rodrigues, afirma que “prova é o meio através do qual as partes demonstram, em juízo, a existência dos fatos necessários à definição do direito em conflito”, sustentado, ainda, que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes para a causa”⁵.

Já para Moacyr Amaral Santos e Eduardo Cambi, citados respectivamente por Greco e por Manoel Alves Rabelo e Katharine dos Santos, a prova possuiria uma concepção tripartida em *atividade, meio e resultado*, compreendendo-a dessa forma:

- Como *atividade*: a prova seria a instrução ou o conjunto de atos processuais desenvolvidos por diversos sujeitos com o fito de reconstruir os fatos deduzidos em juízo e que concedem suporte à decisão do juiz, isto é, que comunicam ao magistrado o conhecimento dos fatos.
- Como *meio*: a prova é sinônimo de instrumento pelo qual as informações são introduzidas no processo; é o meio de comunicação que transmite os fatos probantes ou fatos probandos, visando convencer o juiz das alegações dos fatos.
- Como *resultado*: a prova seria o mesmo que o êxito ou a valoração, consubstanciado no convencimento do magistrado⁶.

Contudo, a partir de uma análise crítica e contemporânea, deve-se expurgar de vez aquele entendimento que compreende a prova como reconstituição de um fato pretérito, isto é, de que a prova se destina ao passado. Essa é uma ideia a ser definitivamente superada, pois o juiz não é um historiador e se trata de uma utopia

⁴ RODRIGUES, 2008, p. 186.

⁵ FUX, 2004, p. 692.

⁶ SANTOS, RABELO, 2009, p. 100-101; GRECO, 2005, p. 373-374.

imaginar ser perfeitamente possível reconstruir a verdade real/material/substancial pelo processo.

Destarte, o sentido de prova, nesta sua nova perspectiva no processo civil, deve ser entendida tal como concebe Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, sendo

[...] *todo meio retórico, regulado pela lei*, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados *pelo direito* e de *critérios racionais, a convencer o Estado-juíz da validade das proposições*, objeto de impugnação, feitas no processo⁷ (destacou-se).

Ou seja, a tônica que deve moldar essa nova dimensão do conceito de prova está no seu *aspecto dialético* e no *método argumentativo-retórico*, aliado à observância necessária das regras e princípios jurídicos e aproximando-se da concepção *habermasiana* da prova como elemento argumentativo, onde o processo (constitucional) esteja em um âmbito voltado para o debate, a argumentação, o consenso, a dialética e, sobretudo, o contraditório.

3. CARACTERÍSTICAS DA PROVA:

3.1. FINALIDADE DA PROVA:

Tendo em vista a nova perspectiva que deve moldar a definição de prova na jurisdição cível, seu escopo precípua deve ser compreendido como o de apoiar a argumentação retórica das partes (e do juiz) acerca das alegações dos fatos controvertidos⁸.

⁷ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 59.

⁸ Idem, p. 56.

Assim, a prova cível, como elemento argumentativo-retórico, possui a finalidade de formar a convicção do Estado-juiz da validade (ou verossimilhança/probabilidade) das proposições fáticas que tenham sido objeto de questionamento.

Há que se ressaltar também a importância de se colocar o magistrado no centro do problema probatório, conforme analisam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart⁹. O debate judicial travado entre as partes no processo é todo voltado a ele, sendo, inclusive, influenciado por critérios extrajurídicos (como as influências de cunho político, social e econômico e os valores arraigados que traz consigo em sua própria formação). Talvez seja esse o principal motivo da existência de decisões antagônicas exaradas por juízes distintos em processo idênticos¹⁰.

3.2. OBJETO DA PROVA:

Conforme a moderna doutrina (embora minoritária), o objeto da prova não se trata propriamente do direito nem dos fatos a serem provados, mas sim das *afirmações dos fatos controvertidos*.

No entanto, o direito deverá excepcionalmente ser provado em certos casos pela parte que alegar, de acordo com a regra do art. 337 do CPC: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

Ademais, haverá vezes que determinados fatos não dependerão de prova, segundo o art. 334 do CPC: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”.

É interessante frisar que há vozes na doutrina sustentando que os “fatos negativos” alegados por uma das partes não precisam ser provados. Contudo, Abelha

⁹ Idem, ibidem.

¹⁰ Idem, ibidem.

Rodrigues alerta que a negativa da parte não exclui dela o ônus de provar sua alegação, pois deve prevalecer a regra na qual, “se a negativa resulta de uma afirmação de que se pretende obter por via de uma declaração negativa, impõe-se à parte que nega o ônus de prová-los”, não possuindo esta negação da afirmação da parte o condão de alterar a natureza constitutiva de seu direito¹¹.

3.3. DESTINATÁRIO DA PROVA:

Ainda consoante a moderna ciência processual civil, é equivocado dizer que o destinatário da prova é o juiz, sob o argumento de que é justamente ele o sujeito que deve ser levado a crer na verossimilhança das alegações produzidas pelas partes.

Na verdade, a finalidade da prova, como já analisado, que é a de convencer o magistrado; enquanto que o destinatário da prova será justamente *o processo*, porque é a partir da aquisição das provas juntadas aos autos (e não no que está fora dele) que será possível ao magistrado formar seu convencimento com base num juízo de probabilidade e mais próximo da concretização de uma decisão “justa”.

3.4. MEIOS DE PROVA:

Os meios de prova são compreendidos como as fontes probantes, levadas ao processo, e onde o juiz pode extrair a verossimilhança das alegações dos fatos. Eles estão disciplinados no Código de Processo Civil em rol meramente exemplificativo, visto que a codificação permite (art. 332 do CPC) outros meios de prova que não estejam tipificados (as chamadas provas atípicas), desde que sejam moralmente legítimos.

Analisando o CPC vigente, podem ser constatados os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (art. 342 e seguintes); confissão (art. 348 e ss.); exibição de documento ou coisa (art. 355 e ss.); prova documental (art. 364 e ss.); prova

¹¹ RODRIGUES, 2008, p. 187-188.

testemunhal (art. 400 e ss.); prova pericial (art. 420 e ss.); e inspeção judicial (art. 440 e ss.).

Sobre o que vem regendo o PLS nº 166/2010, ele acaba por “inovar” no sistema processual civil ao fazer inserir no rol dos meios de prova (Capítulo XI) a produção antecipada de provas (art. 367 e seguintes); a ata notarial (art. 370); e os documentos ditos eletrônicos (art. 425 e ss.).

4. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA:

Na presente classificação da prova, procurou-se englobar, de uma forma mais didática e sucinta, um sistema que compreenda aqueles adotados por Moacyr Amaral Santos (citado por Abelha Rodrigues¹²), Francesco Carnelutti, Jeremy Bentham e Nicola Malatesta (os três últimos citados por Ovídio Baptista¹³), complementando-o com a compreensão, já neste tópico, sobre as denominadas provas típicas e atípicas, provas invasivas e não invasivas, e provas lícitas e ilícitas.

(a) Segundo o *sujeito*, a prova pode ser real (a alegação do fato é comprovada por meio de uma coisa) ou pessoal (quando a confirmação da alegação do fato provém de uma pessoa).

(b) Segundo o *objeto*, a prova pode ser direta (quando o objeto é o próprio fato probando, existindo contato imediato entre o magistrado e a alegação do fato a provar) ou indireta (quando o objeto, na verdade, não é o fato probando, mas os fatos a ele conectados, não existindo uma ligação direta entre o juiz e a alegação do fato a provar. Exemplo: os indícios).

(c) Segundo a *forma*, a prova poderá ser compreendida como testemunhal (afirmação pessoal oral), documental (afirmação escrita) ou material (quando a afirmação provém da materialidade do fato a provar, ou seja, seria uma prova real, mas aqui sob a classificação segundo a “forma”).

¹² RODRIGUES, 2008, p. 198-199.

¹³ SILVA, 2006, p. 297-298.

(d) Segundo a *reprodução do fato probando* ao magistrado, Carnelutti divide as provas em históricas (há reprodução do fato ao juiz, como acontece com a prova testemunhal) ou críticas (não há uma reprodução do fato a se provar, mas é possível que o juiz, por meio de raciocínio, chegue à conclusão a respeito da veracidade ou não da alegação do fato).

(e) Segundo a *casualidade* ou não da constituição do meio de prova, Bentham afirma que a prova pode ser ou casual (caso seja utilizada ocasionalmente, sem prévia intenção de empregá-la como prova), ou preconstituída (caso já tenha se formado a prova com o intuito de utilizá-la futuramente em um processo).

(f) Segundo a *dependência de colaboração da outra parte* na formação da prova (mais visualizada no processo penal), tal como discrimina a professora Nara Borgo Machado¹⁴, as provas podem ser invasivas (dependem de intervenção no organismo humano. Exemplo: exame de sangue) ou não invasivas (não há intervenção direta no corpo humano, mas podem ser obtidas a partir de determinados vestígios, como, por exemplo, um fio de cabelo de certa pessoa).

(g) Segundo a *tipicidade* dos meios de prova, constata-se a existência no ordenamento jurídico das provas típicas (previstas expressamente no CPC) e das provas atípicas (que, embora não estejam elencadas no ordenamento, são permitidas pelo legislador desde que moral e legalmente legítimas, estando seu uso limitado, por sua vez, na ilicitude, ilegitimidade e na inconstitucionalidade do método de obtenção da prova¹⁵).

(h) Segundo a *licitude* dos meios de prova, diz-se que a prova pode ser lícita (obtida sem violação às normas jurídicas) ou ilícita (aquela que não é admitida pois foi obtida com violação às normas jurídicas de direito material ou foi derivada de uma prova ilícita, embora seja lícita quando isoladamente considerada), ou, ainda, ilegítima

¹⁴ MACHADO, 2007, p. 73.

¹⁵ RABELO, SANTOS, 2009, p. 113.

(obtida com violação às normas de direito processual, podendo ser admitida caso não haja prejuízo ou já tenha ocorrido a preclusão para alegá-la).

5. ÔNUS DA PROVA:

5.1. UMA CRÍTICA VISÃO SOBRE A REGRA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA:

A regra sobre a distribuição do *ônus* (que significa peso, encargo, e não obrigação) da prova está disciplinada no art. 333 do CPC vigente, o qual estabelece que ao autor compete provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do requerente.

Logo se vislumbra, com essa redação, o cunho *privatista* que possui o sistema brasileiro atual quanto ao ônus da prova, devendo, pois, ser (re)interpretado a partir de uma moderna e crítica concepção, mais voltada para a roupagem publicista que a prova deve vestir.

Considerar que o processo civil é marcado pela perseguição da verdade “formal” e que ao juiz não cabe a função de ser um sujeito participativo (e ativo) na colheita das provas são pensamentos totalmente retrógrados, ultrapassados. Sabe-se que o magistrado, diante da ausência ou insuficiência de provas, não pode eximir-se de julgar, isto é, de dar o direito, de prestar a tutela jurisdicional (situações de *non liquet*). E esta é, pois, a razão de ser da existência do ônus da prova na sistemática processual. Sendo assim, com todo o moderno paradigma publicista que o processo civil brasileiro deve começar a ser encorpado, não pode existir mais espaço para a atuação desvencilhada da busca de uma maior *verossimilhança* (probabilidade) dos fatos que atinja um alto grau de *certeza* (convicção) quando do julgamento, sendo inegavelmente importante que nesta busca se consiga trazer aos autos (embora possa parecer uma utópica ideia) o maior número de provas possíveis, num ambiente aberto para o discurso, o consenso, a argumentação, a dialética. Nessa linha, ressaltam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart que “a ideia do ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um

resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma *maior chance de convencimento do juiz*”¹⁶ (destaque nosso).

Outrossim, ao juiz cabe o papel de sujeito que persiga efetivar a igualdade material entre as partes, não podendo ser inerte quanto a sua participação na atividade probatória, segundo lhe permite o art. 130 do CPC e a principiologia nesta regra disposta.

Por outro lado, a respeito do PLS 166/2010 e longe da polêmica de saber se realmente o ônus da prova é uma regra de julgamento ou regra de conduta/comportamento, o fato é que no projeto do novo Código de Processo Civil está inserto o instituto da *dinamização do ônus da prova*.

A teoria dinâmica do ônus da prova, ou simplesmente dinamização do ônus da prova, prevê uma complementação – mas não substituição total – da regra geral eminentemente privatista do art. 333 do CPC. Tal como está no PLS 166, o juiz possuirá poderes para *distribuir de modo diverso o ônus probatório*, na medida em que as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato demonstrarem que *uma das partes tem melhores condições de produzir a prova que outra*.

A dinamização, na prática, já vem sendo aplicada por alguns juízes e Tribunais do país. Porém, mesmo assim, será um novel instituto a ser incorporado expressamente no processo civil brasileiro e que, indubitavelmente, irá trazer grandes discussões, como a polêmica em torno de se aumentar os poderes do magistrado dentro da atividade probatória e a análise dos critérios que permitem realizar essa dinamização.

5.2. A “INVERSÃO” DO ÔNUS DA PROVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/1990):

O Código de Defesa do Consumidor (Lei de nº 8.079/1990) traz em seu art. 6º, inciso VIII, a previsão de que haverá a “inversão” do ônus da prova no processo civil,

¹⁶ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 179.

em favor do consumidor, “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

O citado dispositivo representa uma exceção ao sistema do ônus da prova, uma vez que permite ao magistrado, quando se deparar com o *non liquet* (inexistência ou insuficiência de provas), “inverter” o ônus da prova em favor do consumidor, beneficiando-o quando do julgamento da lide consumerista¹⁷. Assim, percebe-se que a “inversão” se trata de uma regra de julgamento, e não de conduta, devendo ser alertada as partes o quanto antes acerca da possibilidade de incidência da norma do art. 6º, VIII, do CDC.

Cumprido esclarecer que há uma atecnia em dizer que haverá uma “inversão” na regra do ônus da prova. O que parece é que, afirmando que se inverterá o ônus, então a lógica é de que ao réu competirá provar os fatos constitutivos do direito do autor, e ao autor competirá a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos de seu direito, ou seja, inverte-se literalmente a regra geral do art. 333 do CPC. Mas claro que não será assim. Na verdade, nada se inverte, não há inversão alguma, pois

[...] quando se fala de inversão do ônus da prova quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a *dispensa* da parte de fazer prova de *algum fato por ela alegado*. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse, de *fazer prova de que aqueles fatos alegados pelo demandante não ocorreram* ou, admitindo-os, que *não produziram as consequências afirmadas na petição inicial* (defesa direta) ou, ainda, *apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da causa*

¹⁷ RODRIGUES, 2008, p. 196-197.

petendi descrita na petição inicial (defesa indireta)¹⁸ (destaque nosso).

Assim sendo, nas lides consumeristas, o autor – no caso, o consumidor lesado – deve demonstrar verossimilhança nas suas alegações dos fatos *ou* ser técnica, social ou economicamente hipossuficiente para que, ao menos, seja possível a “inversão”, devendo o juiz, conforme rege o CDC, utilizar-se das máximas de experiência para verificar se os requisitos citados estão presentes *in casu*.

Ocorre, ao que parece, que a “inversão” do CDC perderá força quando do advento do novo Código de Processo Civil e o instituto ali consagrado da dinamização do ônus da prova, devendo o intérprete do direito se atentar quanto a isso.

6. O DIREITO À PROVA E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL:

A partir de uma rápida busca no texto constitucional, logo se percebe que não há menção alguma em relação a um “direito à prova” aos cidadãos nos processos judiciais ou administrativos. Assim sendo, indaga-se: *não restaria consagrado constitucionalmente o importantíssimo direito à prova?*

De fato, não há mesmo expressamente reconhecido na Constituição Federal de 1988 o direito à prova. Isto porque, na verdade, como bem reportam Katharine dos Santos e Manoel Rabelo, ele é um desdobramento do postulado do *devido processo legal* (*due process of law*), previsto no art. 5º, inciso LIV, CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A cláusula do devido processo legal, conforme analisa Karol Araújo Durço em artigo sobre o desenvolvimento histórico do princípio, surge mais robustamente com a Magna Carta, de 1215, na Inglaterra¹⁹. A cláusula *law of the land* da *Great Charter* foi a primeira limitação ao poder do rei, estabelecendo o seguinte:

¹⁸ LUCON, p. 16-17.

¹⁹ DURÇO, 2009, p. 100.101.

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, expert by the lawful judgment of his equals or by the law of the land²⁰.

No direito brasileiro, percebe-se que o devido processo legal representa verdadeiro *princípio fundamental*, traduzindo-se numa garantia de que haja um procedimento legal e previamente estabelecido a regular o caminho que desenvolvem os atos processuais, seja na esfera cível, penal ou administrativa (*aspecto formal*), exigindo, além disso, limites ao poder estatal como um todo, de modo que se observe a proporcionalidade e a razoabilidade do conteúdo das decisões judiciais, dos atos normativos e dos atos administrativos (*aspecto substancial*)²¹.

Sendo assim, apesar de não conter previsão explícita na Constituição Federal, o direito que o jurisdicionado possui a produzir e requerer prova não está despido de garantia constitucional, pois se apresenta como corolário do postulado do devido processo legal.

7. PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA NA JURISDIÇÃO CÍVEL:

7.1. PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE:

A principiologia imanente ao tema da prova civil possui suas particularidades, e por isso se diferencia daquela utilizada em outros sistemas do saber jurídico, como a do processo trabalhista ou do processo penal, embora seja possível observar vários pontos de contato, todos ligados a uma mesma base fundamental: os princípios e valores insculpidos na *Constituição Federal de 1988*.

²⁰ “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra maneira, nem procederemos com força contra ele nem mandaremos outros procederem assim, a não ser por meio de um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra”.

²¹ DURÇO, 2009, p. 104-108.

Vale consignar que o PLS 166/2010 traz, logo em seus primeiros dispositivos, os princípios e as garantias fundamentais que deverão informar o novo CPC, reforçando, inclusive, a **constitucionalização** dos institutos processuais civis, devendo ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (art. 1º do PLS 166). De todo modo, passa-se agora à análise em espécie dos atuais princípios reitores do direito probatório:

a) *Devido processo legal*

Como já retratado acima, é do postulado do *due process of law* que deriva o direito à prova. O devido processo legal se traduz numa garantia tão ampla que abarca várias outras garantias, como a ampla defesa, o direito de ação e, conseqüentemente, o direito à prova.

b) *Ampla defesa e contraditório*

Representando corolários do devido processo legal e sendo extremamente relevantes para o direito à prova, a ampla defesa e o contraditório estão previstos no art. 5º, inciso LV, CF/88.

c) *Proibição da prova obtida ilicitamente ou derivada de ilícita*

Está prevista no art. 5º, LVI, CF/88, não sendo permitido em qualquer processo a utilização de provas ilícitas nem de provas que, apesar de ser lícita isoladamente considerada, possui inegável nexos causal (interdependência) com outra prova que é ilícita.

d) *Igualdade (material)*

É inegável que deve existir também no ambiente processual uma igualdade material entre as partes (e não somente formal), devendo na instrução probatória, por via de consequência, haver esse equilíbrio, essa paridade de armas, que também possui índole constitucional.

e) *Necessidade da prova*

Ressalta Ovídio Baptista que “só *necessitam* de prova os fatos que não sejam notórios e que, além disso, sejam controvertidos na causa”²² (destacou-se). As alegações dos fatos, assim, não podem ser inúteis ou incontrovertidas para se admitir que sejam passíveis de prova. Devem os fatos, portanto, ser necessários ao processo e ao deslinde da causa. O art. 334 e seus incisos, do CPC, trazem o rol dos fatos que não dependem de prova.

f) *Dispositivo e inquisitivo*

A questão de se conferir ao juiz amplos poderes para a iniciativa probatória é uma polêmica à parte na doutrina processual, e os princípios dispositivo e inquisitivo regem a tônica da controvérsia. No direito probatório, o princípio inquisitivo confere ao juiz liberdade de iniciativa probatória dentro do processo, enquanto o princípio dispositivo rege que às partes cabe a incumbência de produzir as provas, sendo o magistrado mero espectador na relação processual.

g) *Unidade*

As provas devem ser produzidas e colhidas num mesmo lugar, num mesmo processo, devendo ser examinadas em seu conjunto, e não de forma isolada. Entretanto, o princípio admite exceções. Uma clássica exceção no processo civil é a questão da carta precatória, onde determinada prova deve ser colhida em outra comarca que não a de origem do processo.

h) *Lealdade*

Aos sujeitos que participam do processo (partes, juiz, peritos, etc.) cabe a função de perseguir a admissão, produção e valoração da prova sob os valores da lealdade, da ética e da boa-fé, os quais indubitavelmente regem o moderno processo civil.

i) *Livre convencimento motivado*

Trata-se do sistema de avaliação da prova em vigor no Brasil, previsto no art. 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias

²² SILVA, 2006, p. 299.

constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

j) *Aquisição processual*

Ligada ao que se estabeleceu neste estudo como destinatário da prova (o processo), o princípio da aquisição processual traz justamente esse pensamento de que a prova pertence ao processo, e, dessa maneira, pode o magistrado julgar a lide com base nas provas constantes dos autos inclusive em desfavor da parte que requereu e produziu a prova²³.

k) *Oralidade*

O princípio da oralidade decorre do disposto no art. 336 do CPC (“salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”), e vem a consagrar um maior contato que deve existir entre o magistrado e a prova. De acordo com Abelha Rodrigues, o princípio é formado por vários subprincípios que lhe dão a tônica, “tais como o da concentração, o da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, o da imediatidade, o da identidade física do juiz etc”²⁴.

l) *Imediação (ou imediatidade)*

Como afirmado acima, trata-se de um subprincípio da oralidade, derivado da regra insculpida no art. 446, inciso II, do CPC (“competete ao juiz em especial proceder direta e pessoalmente à colheita das provas”). Assim, não deve existir obstáculo algum entre a prova e o juiz, devendo ele, “pessoal, direta e imediatamente, colher a prova junto às partes e testemunhas e receber os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos”²⁵.

m) *Identidade física do juiz*

Enormemente violado na prática processual, o princípio da identidade física do juiz (que também é subprincípio da oralidade) está disposto no art. 132 do CPC, o qual estabelece que o juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento deve ser o

²³ RODRIGUES, 2008, p. 192.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ Idem, ibidem.

mesmo que irá proferir a sentença (“julgará a lide”), uma vez que, tendo participado da audiência onde foram colhidas as provas, terá, logicamente, maior contato com o conjunto probatório e maior segurança em proferir decisão mais próxima da “justiça”.

7.2. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA ATIVIDADE PROBATÓRIA DENTRO DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:

A autora Adriana Pires, no introito de seu artigo sobre o tema “prova e contraditório”, já explanava que “contradizer é uma função essencialmente de diálogo”²⁶. Com isso, a *dialética*, sem dúvida, passa a desempenhar a função de viga mestra, de base fundamental para a formação do *princípio do contraditório* (sintetizado no brocardo *audiatur et altera pars*: “ouça-se a parte contrária”).

A natureza dialética do contraditório, assim, tem por função o *equilíbrio/igualdade* das partes no processo, pois é através da correspondência “ação-reação” (*bilateralidade do processo*) que se permite atingir o equilíbrio da balança na relação processual, a qual somente se completa com a citação do réu (art. 213 c/c 219, CPC).

Insta frisar neste momento, quando se estuda o contraditório como princípio processual constitucional, a importância que possui o já analisado postulado do devido processo legal, pois se apresenta, assim como a contraditoriedade, como *princípio-garantia* das partes e do próprio processo, conforme salienta Pires²⁷. O devido processo legal e as garantias constitucionais que derivam deste postulado convertem-se e transformam o procedimento “em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz”²⁸. Na mesma linha, Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, citado por Abelha Rodrigues,

²⁶ PIRES, 2005, p. 65.

²⁷ Idem, p. 67.

²⁸ Citação de Ada Pellegrini Grinover utilizada por Adriana Pires (2005, p. 67-68).

escreve que o princípio do contraditório representa a “mais eficaz garantia contra o risco de uma atuação parcial do juiz”²⁹.

Dessa forma, em simples palavras e num sentido mais amplo possível, Adriana Pires entende o princípio do contraditório (ou da audiência bilateral) como o preceito no qual “o juiz não pode decidir sobre uma pretensão se não for ouvida, ou instada a ser ouvida, a parte contra a qual ou em face da qual é formulada tal pretensão”³⁰. Seria formado, então, pelo binômio *ciência necessária dos atos judiciais + possível reação aos mesmos*, a fim de participar ativamente do processo e poder exercer influência na convicção do juiz.

Embora possa parecer bem vinda essa conceituação de Pires, Alvaro de Oliveira não a considera suficiente, posto que repousa na ideia de que “o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem a interferência das partes”³¹. Assim, o desembargador aposentado Alvaro de Oliveira orienta:

[...] O conteúdo mínimo do contraditório *não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes*. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes *conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão*, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de *participar* do juízo de fato, tanto na

²⁹ RODRIGUES, 2008, p. 184. Vale observar que a atuação imparcial do juiz não significa que deve ele ser neutro nem inerte durante a instrução probatória, já que é totalmente inadequado o frequente isolamento do magistrado em relação às partes, devendo haver entre elas e o juiz uma permanente colaboração e prudente e constante diálogo (idem, ibidem).

³⁰ PIRES, 2006, p. 66.

³¹ Idem, ibidem.

indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante *mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial*³² (destacou-se).

Portanto, termos e expressões como *dialeticidade, debates, argumentação e contra-argumentação, oportunidades iguais, oposição entre proposições contraditórias, cooperação e influência na convicção judicial* são formadores do conceito que assume o contraditório no moderno processo civil constitucional.

Verifica-se, ainda, que antes do advento da atual Constituição houve diversos esforços doutrinários no sentido de ampliar a garantia do contraditório. Contudo, estava longe de contar com uma amplitude tão elástica que hoje se vive com a Carta Magna em vigor, pois parecia que pela CF/1967 apenas se aplicava no âmbito dos processos criminais, a lume do art. 150, §§ 15 e 16.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a amplitude dada ao contraditório e à ampla defesa foi a máxima possível, colocando a contraditoriedade em seu devido lugar, ao lado dos *direitos e das garantias fundamentais e abarcando todo e qualquer tipo de processo* (civil, administrativo, criminal, etc.), atualmente positivado no citado art. 5º, LV, CF/88.

Nessa perspectiva constitucional, o contraditório, assim como o processo, somente pode ser enxergado e devidamente interpretado sob o prisma do “Estado Constitucional Democrático Pluralista de Direito”. Segundo entende Zaneti Júnior, a Constituição de 1988 assumiu expressamente uma postura garantista, sendo moldurado agora o processo com apoio em um viés democrático, sob a “máxima da cooperação” e tendo o contraditório como “*valor-fonte*” (expressão tomada de empréstimo de Miguel Reale) deste novo processo constitucional³³.

³² ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 196.

³³ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 191-194.

Nessa esteira, a prova deve ser entendida como uma *projeção particularizada do princípio do contraditório*³⁴, pois o processamento da prova nada mais é do que a manifestação da contraditoriedade³⁵. No entanto, como fica a participação do juiz durante a instrução probatória? E, caso siga a orientação de que lhe deve ser concedido amplos poderes, isso afetaria o contraditório?

8. A INICIATIVA DA PROVA PELO JUIZ: PODERES INSTRUTÓRIOS DIANTE DO NOVO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:

Questão de imensa polêmica na doutrina e na jurisprudência é a que se chega neste capítulo: o art. 130 do CPC deveria ser interpretado no sentido de conferir amplos poderes ao juiz na atividade probatória ou apenas um poder de caráter suplementar à iniciativa das partes? É legítima a atribuição ao magistrado de amplos poderes probatórios no processo civil? E se assim for, estaria conforme os ditames do “Estado Democrático de Direito” e o modelo constitucional do processo civil brasileiro? Não afetaria o princípio do contraditório?

Por certo, não se pretende neste estudo analisar pormenorizadamente as questões acima tecidas, pois, logicamente, seriam temas para ser debatidos em possíveis trabalhos com ênfase específica no assunto, em razão da enorme discussão que sem dúvida advém com isso. Ocorre que não se pode fugir, ao escrever sobre a moderna teoria geral da prova cível, da problemática envolvendo os poderes instrutórios do juiz.

Em recente estudo, Alexandre Freitas Câmara analisou a questão sob um aspecto mais voltado para o processo civil democrático. Segundo o jurista, a preocupação de se conferir (ou não) amplos poderes instrutórios ao magistrado deve girar, inicialmente, em torno da verificação dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro e dos escopos da jurisdição (e do processo).

³⁴ LOPES, 2008, p. 112.

³⁵ PIRES, 2005, p. 68.

O modelo processual que a Constituição vem a adotar enseja que o processo seja um instrumento de realização dos objetivos do Estado, e somente é possível, de acordo com Câmara, a implementação da igualdade, da cidadania e da dignidade humana, bem como a construção de uma sociedade justa, se o processo produzir decisões verdadeiras, isto é, quando a instrução probatória busque determinar a verdade³⁶.

De fato, reitera-se a necessidade que a prova e os assuntos ligados a ela sejam revestidos de uma perspectiva publicista e condizente com os ditames da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito. Porém, afirmar que os poderes instrutórios do juiz devem ser amplos porque a busca da “verdade” é o que faz com que o processo possa atingir seus fins é uma (sutil) falácia.

Compreende-se que o magistrado não pode ficar inerte durante a fase instrutória, sendo um mero espectador, à espera da iniciativa das partes, já que esse era um pensamento que vingava muito bem antigamente, quando o direito processual civil possuía uma visão privatista, conforme lembra Fredie Didier Júnior, citado por Câmara³⁷. Atualmente, deve haver um consenso quanto à atividade probatória do juiz, uma vez que não pode ser ilimitada, figurando o magistrado como um “desvairado e faminto caçador de provas, esquecendo-se da atividade das partes, mas não deve juntar-se à investigação instrutória sob argumentos privatistas e sob o argumento de normalidade”³⁸. Nesse sentido, como entende Sérgio Luís Wetzel de Mattos, referenciado por Abelha Rodrigues, deve ficar pontuado o seguinte:

[...] A proposição das provas cabe, em primeiro lugar, às partes, porque conhecem bem os fatos e se encontram em condições superiores à do juiz no sentido da identificação dos fontes de prova. Além disso, *a iniciativa probatória das partes representa talvez a mais clara expressão do princípio fundamental do contraditório*. Nada obstante, o juiz não deve permanecer à mercê do aproveitamento das iguais oportunidades concedidas

³⁶ CÂMARA, 2008, p. 40-42.

³⁷ *Idem*, p. 32.

³⁸ RODRIGUES, 2008, p. 183.

às partes no concernente à iniciativa em tema de prova. À adequada formação da convicção do juiz e, conseqüentemente, à justiça da decisão impõem-se o melhor esclarecimento dos fatos e o decorrente descobrimento da verdade. Por isso, ***relevante é a iniciativa probatória do juiz***. E indispensável é a conciliação entre o abandono do imobilismo do juiz, espectador em tema de prova, e o princípio do contraditório³⁹ (destacou-se).

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que a iniciativa probatória do magistrado deve estar presente em três casos: i) quando se tratar de direito indisponível (ações de estado); ii) quando o juiz estiver em estado de perplexidade; iii) ou quando houver significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes⁴⁰.

Mas isso que se propõe não tem ligação alguma em dizer que ao juiz cabe a proposição de provas pois deve *buscar a “verdade”*. Os poderes instrutórios que devem ser conferidos ao magistrado tem a ver com a questão de sua convicção na causa, resultante de um pleno contraditório, evitando decisões as quais não tenha formado plenamente seu convencimento. Ou seja, a investigação das alegações dos fatos deve ser tarefa de todos os sujeitos do processo, numa ordem de colaboração e debates⁴¹, onde o princípio do contraditório figure efetivamente como *valor-fonte*. E nem que se diga que conceder poderes instrutórios ao juiz afetaria o contraditório, pois sua liberdade e sua participação ativa na instrução probatória não afastam a aplicação do princípio do contraditório. Até mesmo às matérias e exceções apreciáveis de ofício pelo juiz deve ser dada oportunidade às partes se manifestarem, antes mesmo que sejam pronunciadas, evitando, com isso, que o julgador faça do processo uma “cartola de mágico”, de cujo conteúdo as partes apenas tomarão conhecimento após a apreciação do juiz e prolação de sua decisão⁴².

³⁹ Idem, p. 184.

⁴⁰ Vide: STJ, Recurso Especial nº 43.467/MG, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento: 12 de dezembro de 1995. Inclusive, há recente julgado salientando que a iniciativa probatória do juiz, com a realização das provas de ofício e em busca da verdade real, é amplíssima, pois é feita no interesse público de efetividade da justiça (conferir: STJ, Recurso Especial nº 1.012.306/PR, data do julgamento: 28 de abril de 2009).

⁴¹ RODRIGUES, 2008, p. 184.

⁴² PIRES, 2005, p. 72.

E a “verdade”, como se verá, é inatingível, é uma utopia dentro da relação processual, uma quimera judicial. Dessa forma, urge construir uma verdade processual sob uma nova perspectiva, baseando-se no trinômio *verdade aproximativa-provável-normativa*.

9. A CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A VERDADE PROCESSUAL:

Primeiramente, deve ser enfatizado que atingir a “verdade”, por meio do processo, é uma mera utopia. Seria uma ingenuidade completa acreditar que se trará com a relação jurídica processual o fato tal como verdadeiramente ocorreu no passado, também sendo ingênuo o pensamento de que o magistrado julgará o caso livre de qualquer subjetivismo de sua parte.

Não obstante essa descrença, mais sustentada para desvaecer mitos e tradicionais conceitos, a verdade no processo deve ganhar uma nova perspectiva, não podendo corresponder à verdade substancial (ou material) nem à verdade formal, como o querem muitos doutrinadores do processo civil.

Antes, os processualistas davam muito mais importância a certos requisitos legais relacionados ao direito probatório (forma) do que propriamente ao conteúdo material da prova (conteúdo), preponderando o que se chamava verdade formal. Nesse sentido era (quer dizer, ainda é) a posição de Cintra, Grinover e Dinamarco:

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 342 etc.), a maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes

levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios⁴³ (destacou-se).

O entendimento atual de ser o processo civil orientado à busca da verdade formal, dessa forma, é uma ideia esvaziada. Institutos como a preclusão não podem fazer frente ao que traz um importante conteúdo de alguma prova. Aliás, sequer se mostra válido o argumento de que o processo civil labora com bens jurídicos menos importantes que o processo penal, posto que interesses fundamentais da pessoa humana, como a família, fazem parte do rol de bens e interesses que almeja proteger o direito processual civil⁴⁴.

A ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que *não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática*⁴⁵ (destaque nosso).

Por sua vez, a verdade substancial igualmente não pode subsistir no processo civil, pois representa uma *pseudoverdade*. Existem sim alguns doutrinadores que fazem a correspondência de ser a verdade substancial uma verdade provável a ser atingida no processo, como o fazem Zaganelli e Avellar⁴⁶. Todavia, a interpretação mais adequada a essa verdade é que ela representa uma verdade *absoluta*, não podendo ser atingida por meio do processo civil. Nesse sentido, explicam Marinoni e Arenhart:

“O mito da verdade substancial tem servido apenas para atarracar o processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos, que é, como visto, impossível. [...] Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade

⁴³ CINTRA *et al*, 2010, p. 71.

⁴⁴ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 34.

⁴⁵ *Idem*, p. 35.

⁴⁶ ZAGANELLI, AVELLAR, 2009, p. 7.

jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a esse ideal, ao menos tendo a certeza que o atingiu. ***O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz*** de que esse é o ponto mais próximo da verdade que pode atingir do que, propriamente, em algum critério objetivo⁴⁷” (destacou-se).

Após uma breve explicação das “verdades” formal e substancial, pugnando pela extirpação das duas do processo civil, faz-se relevante reiterar que não só a prova, mas todos os assuntos relacionados a ela, devem necessariamente passar por uma observação e crivo ***publicista***. Não se pode em hipótese alguma desmerecer a prova sob a argumentação de que a mesma é custosa, é árdua a sua perseguição no processo, pois é a partir dela que se chega a um conceito próximo de verdade, chegando, assim, a uma ***maior aproximação da concretização da justiça e da paz social***. Se com a prova já é difícil concretizar esses postulados, imagine sem ela⁴⁸.

Ademais, acreditar que o magistrado julgará o processo isento de subjetividades é uma questão que nada tem a ver com a assunção pelo juiz de seu real papel frente à sociedade e, principalmente, frente à relação jurídica processual. Ao magistrado urge assumir uma posição de maior participação na questão da produção e valoração das provas, como já analisado acima. Por isso, é importante conceder ao juiz um papel ativo, efetivo e dinâmico no que tange à produção e valoração dos meios probatórios, sem se descurar, obviamente, das garantias processuais e do princípio do contraditório no âmbito do processo.

De fato, também se apresenta difícil enxergar a verdade processual como uma simples verdade como correspondência. Aliás, na própria estrutura dialética do processo, com aparição de várias narrações (e visões) de fatos (“subjetivação” da realidade), às vezes até discordantes entre si, é impraticável a compreensão da verdade como correspondência da ideia ao fato tal como ocorreu.

⁴⁷ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 42-43.

⁴⁸ Nesse sentido: RODRIGUES, 2008, p. 183-185.

Conforme sustentam Zaganelli e Lacerda, a tentativa de encontrar a verdade no processo deve ser tal que seja envolta de um amplo espaço para a **argumentação** e o **debate**, dentro de uma perspectiva de respeito ao **contraditório** e à **paridade de armas** entre as partes, afirmada pela maioria de elementos probatórios que a confirmem⁴⁹.

Essa compreensão está ao encontro do que Alvaro de Oliveira denomina de **formalismo-valorativo**: um procedimento que faz colaborar para um processo ágil e eficaz, onde se sobressaem valores como a efetividade, a segurança, a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa⁵⁰.

Além disso, a prova deve ser entendida como uma inter-relação das qualidades entre o modelo persuasivo (prova como argumento persuasivo) e o modelo moderno (prova como instrumento demonstrativo). Ou seja, o órgão julgador elegerá (se convencerá disso, quer dizer) certa versão dos fatos, embasada em meios hábeis, como a mais próxima da verdade, mas sem esperar por ela passivamente, totalmente inerte (nem também ir ao seu encontro vorazmente, sem controle e racionalidade).

Destarte, a **verdade processual**⁵¹ deve ser entendida como uma **verdade aproximativa**, de onde se pode extrair que determinada tese é mais plausível (mais próxima da verdade possível para o conhecimento humano) e preferível a outras por seu maior “poder de explicação” (sem dar preferência a uma ou outra versão dos fatos) e maior controle (passível de prova e oposição). Além disso, deve ser compreendida como uma **verdade provável**, baseada num juízo de probabilidade, particularizada com a intensa argumentação dialética entre os sujeitos cognoscentes (partes e juiz) e com a garantia do contraditório pleno em um procedimento adequado e condizente com o postulado do devido processo legal. Por fim, a verdade no processo só pode ser construída como sendo uma **verdade normativa**, aquela em que, sendo convalidada pelo respeito às normas jurídicas e comprovada definitivamente pelas provas, terá valor

⁴⁹ ZAGANELLI, LACERDA, 2009, p. 147 e 150.

⁵⁰ Nessa linha, conferir: OLIVEIRA, 2006, p. 8.

⁵¹ O entendimento que se formará segue as críticas e bem embasadas análises feitas por Luigi Ferrajoli (2010, p. 53 e 61-62), Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart (2011, p. 52), e Michele Taruffo (2002, p. 119-120).

normativo⁵², de modo que a decisão definitiva, mesmo que não tenha sido proferida com alto grau de certeza pelo magistrado, mas tenha mesmo assim transitada em julgado, acarretará a formação da coisa julgada e a pacificação da lide.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A prova na jurisdição cível urge ganhar uma nova roupagem, sob uma perspectiva *publicista e constitucional*. Quer dizer, não somente o instituto da prova, mas sem dúvida o processo como um todo deve ser enfatizado num molde constitucional e condizente com os valores do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Nessa tônica, a teoria geral da prova deve ser compreendida sob esse viés publicista, constitucional e democrático, caminhando no sentido de abandonar velhos dogmas e desmistificar doutrinas de cunho eminentemente privatista.

Somente reafirmando incessantemente o modelo constitucional do processo civil que necessita incidir no atual sistema brasileiro é que será possível enxergar esse mesmo processo como autêntico ramo do direito público, e apenas assim se poderá compreender a ampla e ativa participação das partes, juntamente com o magistrado, para esclarecer o espírito deste, ajudar na qualidade do exercício jurisdicional, buscar a necessária colaboração a fim de chegar a uma certeza mais próxima possível da realidade dos fatos e conforme as regras e princípios do direito (verdade provável e normativa).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AVELLAR, Ana Paula; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Direito à prova nas ações civis ex delicto. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-17.

⁵² Luigi Ferrajoli (2010, p. 573-574), em compreensão apta a ser neste momento destacada, releva o valor fundamental que possui o *princípio da motivação das decisões judiciais*, o qual permite maior legitimação, validade e controle da decisão, fundamentada e mais próxima à “verdade”.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo civil: novas tendências*. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DURÇO, Karol Araújo. O desenvolvimento histórico do princípio do devido processo legal: uma crescente aproximação entre *commom law* e *civil law*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coor). *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 99-115.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Atualizado de acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, e 10.444/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coor.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio do contraditório. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (coor). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 101-117.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 28 out. 2011.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 62-83. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 28 out. 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *Prova cível*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 65-83.

RABELO, Manoel Alves; SANTOS, Katharine Maia dos. Teoria geral da prova na jurisdição cível: breves considerações. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97-116.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. rev. e atual. com a recente reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a “cientificização” da prova no processo. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 141-204.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.