

**A PREVALÊNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DO PROCESSO
JUSTO: POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DA PRECLUSÃO EM FAVOR DO
DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA¹**

***THE PREVALENCE OF LEGAL CERTAINTY WITHIN THE SCOPE OF FAIR
TRIAL: POSSIBILITY OF MITIGATION OF PRECLUSION IN FAVOR OF THE
FUNDAMENTAL RIGHT TO PROOF***

Fernando Rubin

Bacharel em Direito pela UFRGS, com a distinção da Láurea Acadêmica. Mestre em processo civil pela UFRGS. Doutorando pela PUCRS. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities. Professor Colaborador da Escola Superior de Advocacia – ESA/RS. Professor Pesquisador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul – CETRA-Imed. Professor convidado de cursos de Pós-graduação *latu sensu*. Parecerista, Colunista e Articulista. Advogado-Sócio do Escritório de Direito Social. Porto Alegre/RS. *fernando.rubin@direitosocial.adv.br*

Gustavo Mascarello Silva

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-Graduando em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Porto Alegre/RS. Advogado. *gustavo@wgs.adv.br*

¹ Artigo recebido em 09/07/2017 e aprovado em 19/11/2017.

RESUMO: O presente estudo possui o intuito de abordar o status constitucional do direito à prova, bem como sua prevalência em face da legislação infraconstitucional, especialmente, diante das normas processuais de aplicação do instituto da preclusão. Pretende-se demonstrar que, através da mitigação da aplicação do instituto preclusivo, o processo torna-se mais efetivo e seguro, garantindo, ao final, uma decisão de mérito que traduza o melhor sentido de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Ampla defesa. Contraditório. Direito Fundamental à prova. Efetividade. Segurança Jurídica. Preclusão Processo Justo.

ABSTRACT: The purpose of this study is to examine the constitutional status of the right to proof, as well as its prevalence in relation to infra-constitutional legislation, especially in view of the procedural norms of preclusion. It is intended to demonstrate that, through mitigation of the application of the preclusive institute, the process becomes more effective and secure, guaranteeing, in the end, a decision of merit that translates the best sense of justice.

KEYWORDS: Contradictory. Effectiveness. Fair Trial. Fundamental right to proof. Full defense. Legal Certainty. Preclusion. Fair Process.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. DO INSTITUTO DA PRECLUSÃO. III. DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA. IV. DO BINÔMIO DA EFETIVIDADE VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA V. DA MITIGAÇÃO DA PRECLUSÃO EM BUSCA DA VERDADE REAL. VI. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I – INTRODUÇÃO.

A preclusão é um dos principais institutos da relação processual, ela delimita os certames processuais, impondo fases e etapas ao processo. A inexistência do instituto

preclusivo acarretaria em uma desordem processual, julgando que, na ausência de momento ou modo adequado para a prática de determinado ato processual, a lide acabaria se tornando uma demanda infinita e confusa.

Perante o cenário de ausência do instituto da preclusão, pode-se afirmar que o órgão jurisdicional, certamente, não conseguiria entregar a tutela pretendida pelo jurisdicionado em tempo razoável, uma vez que em razão da falta de prazos e modos adequados para a prática de determinado ato processual, a desordem processual seria uma consequência inevitável.

Entretanto, diante de um sistema preclusivo rígido, a segurança jurídica pode encontrar-se prejudicada, considerando que o direito fundamental à prova poderá ficar obstruído com o deslize de alguma de partes da relação processual, podendo, ao final, ser prolatada uma decisão que não represente o melhor sentido de justiça.

Diante disso, iniciamos o artigo deduzindo o instituto da preclusão e suas modalidades, posteriormente tratamos sobre o Direito Fundamental à prova, na sequência passamos ao estudo do binômio da efetividade versus segurança jurídica, por fim, esboçamos a cerca da busca pela verdade real no processo civil.

II – DO INSTITUTO DA PRECLUSÃO.

A sociedade atual, da maneira como a concebemos, depende da existência do Direito para disciplinar a vida social. Assim, torna-se necessário estabelecer um meio pelo qual se possa regular a interação e cooperação das pessoas e destas com o Estado.²

O processo é instrumento pelo qual o Estado, investido de seu monopólio jurisdicional, soluciona os conflitos de interesses que lhe foram alcançados. Não é um fim em si, mas, sim, um meio pelo qual o Estado-Juiz aprecia as razões das partes interessadas, e ao final, dita-lhes o comando judicial para a resolução de determinado conflito.³

² AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de Direito Processual Civil**, vol.1. 2ª Ed. Saraiva, São Paulo. 2012, p. 16.

³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios e Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

A partir do momento histórico em que a resolução de conflitos de forma privada, ou seja, a autotutela⁴, deixou de ser praticada, passando a se tornar, inclusive, uma prática ilícita, nos termos do art. 345 do Código Penal Pátrio⁵, o Estado, por meio de seu *longa manus*, na figura do juiz,⁶ aplica o direito material positivado para que, assim, supere-se a vontade das partes, obrigando-lhes a cumprir determinados atos.

Dessa forma, o andamento processual depende da prática de atos processuais, estes responsáveis pelo desenvolvimento da relação jurídica processual.⁷

Nesse sentido, o processo necessitou ser regulado; assim nasceu o Código de Processo Civil, ferramenta ímpar que define as regras do jogo processual, sendo a preclusão um de seus principais institutos.

O sistema processual, diante da necessidade de organizar-se, bem como fazer cumprir o direito fundamental à duração razoável do processo⁸, foi obrigado a implementar prazos para que certos atos processuais fossem realizados em sua forma e tempo corretos, sob pena de não poderem ser mais praticados, assim, sendo fulminados pelo instituto preclusão.⁹

Nesse diapasão, a lei diz que atos processuais devem ser realizados impreterivelmente dentro do prazo e modo estabelecidos; para isso são fixados os termos a quo (prazo inicial) e ad quem (prazo final), devendo os atos serem praticados sempre entre os dois termos.¹⁰

Utilizando-se da lição de José Frederico Marques, o ato processual é “aquele praticado no processo e que para este tem relevância jurídica”.¹¹

⁴ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7

⁵ Código Penal: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2015. Tradução de Roger Vínicius da Silva Costa. p. 135.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 8ª Edição. JusPodivm, 2016. p. 358.

⁸ Constituição Federal: Art. 5º, LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁹ RUBIN, Fernando *apud* Calamandrei, Piero. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

¹⁰ RUBIN, Fernando *apud* Marques, José Frederico. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

¹¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 332.

Nesta organização, seguindo a forma sequencial dos atos processuais, a obtenção da adequada e tempestiva tutela jurisdicional será garantida.¹² Com este viés, buscando a efetividade da prestação jurisdicional pelo Estado, nasceu a preclusão. Trata-se de delimitador da atividade processual às partes envolvidas na lide, impulsionando o processo de conhecimento à sua etapa final, a sentença, onde a efetividade jurisdicional será plena.¹³

A palavra *preclusão* tem sua origem no latim, vindo de *praeclusio*, cuja tradução é fechar diante ou na cara, tapar, obstruir, tolher. Já o termo *processo* compõe-se de *pro* e *cadere*, tendo por significado caminhar, ir para frente, avançar.¹⁴ Assim, a preclusão foi o método em que o legislador definiu a maneira de controlar o tempo na relação processual¹⁵, evitando que o processo retroceda em consonância com o princípio da economia processual.

Fredie Didier define a preclusão como a perda de uma situação jurídico-ativa processual, seja ela a perda de poder processual das partes, ou do juiz.¹⁶

Já Humberto Theodoro Junior trata a preclusão como “a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.”¹⁷

Na mesma linha, José Frederico Marques define a preclusão como “um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o recuo para fases anteriores do procedimento”¹⁸

De outro lado, também já trabalhamos o instituto da preclusão como princípio processual:

O instituto da preclusão também pode ser concebido como um verdadeiro princípio, ao passo que considerado não em si mesmo,

¹² AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de Direito Processual**, vol. 1. Saraiva, 2012. p. 177.

¹³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 374.

¹⁴ ALVIN, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol 1. 9ª. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 461.

¹⁵ AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de Direito Processual Civil**, vol.1. 2ª Ed. Saraiva, São Paulo. 2012, p. 186.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 31.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto apud Chiovenda, Giuseppe. **Processo Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. 1**. 56ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015. p. 197.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 374.

mas no seu complexo, organizado em sistema dentro da estrutura processual, decorrente de uma evolução (processual) histórica, com vista ao direito e precípua funcionamento desta estrutura, garantindo às partes uma solução razoavelmente rápida e coerente da causa posta.¹⁹

Ou seja, sumariza-se que o instituto da preclusão auxilia a por fim no processo, sendo de suma importância para a efetiva tutela jurisdicional de duração razoável, seja da forma técnica ou principiológica.

Diante disto, utilizamos da classificação de Giuseppe Chiovenda, o qual classificou a preclusão em três espécies, vejamos:

Entendo por preclusão a perda, ou a extinção, em consumação de uma faculdade processual que se sofre pelo fato: a) de não haver observado a ordem assinalada por lei para seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a apresentação de uma exceção incompatível com outra ou prática de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de haver já exercitado validamente uma vez a faculdade.²⁰

Perante o exposto, deparamo-nos com três espécies de preclusão. A primeira delas é a preclusão temporal, que na visão de Cassio Scarpinella Bueno “é relativa a impossibilidade da prática de algum ato processual em virtude do transcurso do lapso de tempo que a lei reservava sua prática.”²¹

A segunda é a preclusão lógica, que nos dizeres de Fredie Didier, “consiste na perda de faculdade/poder processual em razão de prática anterior incompatível com o exercício da faculdade/poder processual.”²²

¹⁹ RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições e Direito Processual Civil**. Vol. III. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva, 1969. p. 156.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1. 8ª Ed. Saraiva, 2014. p. 417.

²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. P. 422.

A terceira é a preclusão consumativa, da qual utilizamos a definição de Luis Rodrigues Wambier, *in verbis*:

A preclusão consumativa ocorre quando o ato que se deveria praticar o é, no prazo legal, não podendo ser, portanto, repetido.[...] Na verdade, consumado o ato para qual havia prazo, a consequência prática da ocorrência da preclusão é que o prazo restante deixa de existir, não mais podendo a parte realizar novamente o mesmo ato processual.²³

Neste momento, oportuno salientar a existência da preclusão pro judicato. Trata-se da impossibilidade de decidir novamente aquilo que já foi examinado. Não é possível dizer que há a perda de uma faculdade processual por parte do juiz, mas sim, uma vedação ao reexame daquilo que já foi decidido, ou de proferir decisão incompatível com as anteriores.²⁴

Deduzido o instituto da preclusão, passaremos ao estudo do Direito Fundamental à prova.

III – DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.

O processo, em síntese, representa a garantia ao cidadão no sentido da obtenção da satisfativa e tempestiva tutela de direitos materiais, uma vez que estabelece, com antecedência, preceitos a serem seguidos desde o pedido inicial até o momento em que realiza-se a prestação jurisdicional.²⁵

O caminho é longo. Porém, o objetivo é único: o convencimento do julgador, para ao final, prover-lhe com a decisão de mérito almejada. Para isso, os litigantes utilizam-se, basicamente, de um instrumento: a prova.²⁶

²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. I 5ª Ed. Revista dos Tribunais, 2002. São Paulo. p. 235.

²⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios e Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6ª Ed. Saraiva, 2016. São Paulo, p. 320.

²⁵ FILHO, Walter Camejo. **Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org). **Prova Cível**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 01.

²⁶ FILHO, Walter Camejo. **Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org). **Prova Cível**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 01.

Nas palavras de Francesco Carnelutti, “a prova é utilizada como a comprovação da verdade de uma proposição.”²⁷

De todo modo, também destacamos que prova é “todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.”²⁸

Diante disso, podemos conceber o entendimento de que o objeto da prova são os fatos controversos e relevantes ao processo, sendo desnecessária a produção probatória de fatos incontrovertidos ou notórios.²⁹

Nesse diapasão, para produzirmos prova, devemos fazer uso do *Direito de Ampla Defesa e Contraditório*, devidamente assegurado em nossa Carta Magna, especificamente positivado no art. 5º, inciso LV³⁰.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni doutrina que o intuito da ampla defesa é evitar que a lei ou juízes limitem a defesa, restringindo meios probatórios ao réu.³¹

Com esta concepção, entendemos por ampla defesa a utilização de todos os meios de provas admitidos em direito, não podendo ser admitida a privação probatória em razão de formalidades atreladas ao procedimento, uma vez que estamos diante de um direito fundamental, devendo esta garantia constitucional ter preponderância, em regra, em face das normas infraconstitucionais que tendem a limitá-la.

Anexo à ampla defesa, encontra-se o contraditório, princípio que possui por objetivo determinar que a lei deva franquear aos litigantes oportunidade de manifestar-se quanto às afirmações realizadas por seus adversários processuais.

A ampla defesa e o contraditório encontram-se dentro do rol de direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, desta forma, obtendo supremacia diante de legislações infraconstitucionais.

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. 4ª Ed. Campinas: Bookseller, 2005. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. p. 67.

²⁸ RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23414>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

²⁹ RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23414>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

³⁰ Constituição Federal: Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 311.

Por óbvio, como será explicado no próximo capítulo, a necessidade de uma regulamentação processual é inerente ao andamento do processo, como por exemplo, a criação do instituto da preclusão, entretanto, o que se discute é a forma absoluta e desproporcional que a legislação ordinária vem sendo aplicada, suprimindo, muitas vezes, as garantias constitucionais.

Como dito, a ampla defesa e o contraditório representam direitos fundamentais das partes, no âmbito do processo justo, instituídos e positivados com a finalidade de proteger a dignidade humana, buscando resguardar sua liberdade (direitos individuais) e suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais).³²

Para alguns doutrinadores, se encontra fundamento para o direito fundamental à prova na garantia constitucional do devido processo legal, positivado no art. 5º, LIV, da Carta Magna, no sentido de que a possibilidade de introduzir comprovações de suas alegações não pode sofrer limitações³³, a não ser pela própria constituição federal, como é o caso das provas obtidas por meios ilícitos.

Dessa forma, a fim de resguardar tais direitos fundamentais, faz-se necessária a disponibilização às partes de todos os meios de prova possíveis, que são todos aqueles recursos utilizados direta ou indiretamente para comprovação das alegações fáticas das partes.³⁴

Nessa linha, objetivando a ampla defesa e o devido processo legal como meio de exercício da faculdade das partes litigantes de produzirem provas, cumpre-nos considerar a prova um direito fundamental.

A corroborar, Eduardo Cambi leciona que “compreender a prova como direito fundamental é garantir todos os meios necessários para que os litigantes possam influir na

³² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109-110.

³³ PADILHA, Letícia Marques. **O Direito À Prova Como Um Direito Fundamental**: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista>. Acesso em 15/06/2017.

³⁴ PADILHA, Letícia Marques. **O Direito À Prova Como Um Direito Fundamental**: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista>. Acesso em 15/06/2017.

formação do convencimento judicial. Tal direito implica, essencialmente, o direito à admissão, à produção e à valoração da prova.”³⁵.

Com isto, na instrução probatória, em sede de juízo de admissibilidade, momento em que as partes postulam ao Estado-juiz a produção de determinada prova, o magistrado deverá fazer uma simples análise objetiva dos seguintes pressupostos para deferimento da produção probatória: pertinência, relevância e licitude da prova.

Assim, não se deve fazer qualquer juízo de valor acerca da prova a ser produzida dentro do momento processual da admissibilidade, bastando apenas a análise de pressupostos objetivos, sendo o juízo de valoração deixado para momento posterior.

Nesse entendimento, Danilo Knijnik ensina que o “princípio do livre convencimento (motivado, a valoração) nada tem a ver com a admissibilidade da prova; a valoração entra em operação somente após o processo de seleção do material que comporá o objeto do seu exercício”³⁶

Dito isto, parece-nos de uma formalidade exagerada, que diante de uma prova que atenda os pressupostos estabelecidos, o magistrado insista no indeferimento de produção de provas que a legislação processual considere inadequada naquele momento processual, tendo sido fulminada, por exemplo, pelo instituto da preclusão³⁷.

De fato, a legislação processual imputa as partes regras e prazos para a realização de determinados atos processuais, entretanto, em nossa visão, não nos parece acertado o indeferimento motivado unicamente na violação da lei processual, uma vez que a produção probatória se encontra amparada na Constituição Federal.

Dessa forma, para o indeferimento probatório no âmbito do juízo de admissibilidade, não deve o juiz se atentar, unicamente, a lei processual junto de seus prazos e métodos, mas sim ao real prejuízo que a referida produção de provas traria ao processo naquele momento.

Deve-se considerar que parte da doutrina afirma que o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, ou seja, consentir que aquele que desrespeitou preceito legal

³⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoprivatismo e Neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>. Acesso em 15/06/2017.

³⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24.

³⁷ Uma das vozes mais seguras e precoces a respeito é a de SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

se beneficie disso.³⁸ Trata-se de um modelo de concepção em que a prova preclusa é uma prova ilícita, posição da qual discordamos veementemente.

Vejamos, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI³⁹, é cristalina em definir a única prova inadmissível em um processo, é a prova obtida por meios ilícitos.

Nessa lógica, Candido Dinamarco posiciona-se definindo que “provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios.”⁴⁰

Por fontes de prova ilícitas, podemos considerar, por exemplo, a invasão de computadores, violação de correspondência, quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, sendo, em síntese, mediante a excessos não permitidos por lei. No que toca à ilicitude dos meios, pode ocorrer mediante tortura, ameaça e coerção de testemunhas ou até mesmo partes.⁴¹

Isto posto, podemos concluir que o deferimento, em sede de juízo de admissibilidade, de provas que, em tese, estariam preclusas, não viola a Constituição Federal, desde que a prova não tenha sido obtida mediante uma ilicitude.

No caso da admissibilidade de provas operadas pela preclusão, a doutrina majoritária vem tratando-as como provas *ilegítimas*, ou seja, aquelas provas que violam a lei processual.

Sob esta perspectiva, Luiz Flavio Gomes defende que “prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo”.⁴²

Tratamos aqui, exclusivamente, do juízo de admissibilidade probatória em face de provas lícitas, porém, preclusas, e, em tese, ilegítimas. Assim, pensamos que, diante da proporcionalidade, e atingido os pressupostos objetivos do juízo de admissibilidade, é dever do juiz, em homenagem ao direito fundamental á prova, afastar a preclusão, mitigando-a em face dos preceitos constitucionais estabelecido no art. 5ª da CF.

³⁸ FILHO, Walter Camejo. **Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org). **Prova Cível**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 01.

³⁹ Constituição Federal: Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁴⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume III. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 49.

⁴¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume III. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 50.

⁴² GOMES, Luiz Flavio. **Lei nº. 11.690/08 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/provas+ilicitas+conceito+e+inadmissibilidade>. Acesso em 17/06/2017.

Nesse ponto de vista, Marinoni e Arenhart defendem a ponderação de direitos, principalmente em razão do princípio da proporcionalidade, na seara da admissão de provas:

Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico e diante das circunstâncias do caso concreto. Não se trata – perceba-se bem – de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas. O princípio da proporcionalidade (...) exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação.⁴³

Por esse ângulo, mostra-se plenamente possível a superação da preclusão, em favor do direito fundamental a prova. Entretanto, há de se respeitar efetividade e a segurança jurídica do sistema, ponderando caso a caso a sua aplicabilidade, conforme veremos no próximo capítulo.

IV – DO BINÔMIO DA EFETIVIDADE VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA.

O vocábulo efetividade tem por significado algo que consegue atingir seu objetivo, ou seja, eficaz. Assim, Luis Roberto Barroso diz que "a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social"⁴⁴

Para alcançar a efetividade jurídica, deve-se atentar ao princípio constitucional da tempestividade da prestação jurisdicional, este que não se encontra explicitamente positivado na Carta Magna, mas decorre da própria efetividade do direito à tutela jurisdicional. O referido princípio tem por significado que as partes têm direito a um processo sem dilações indevidas.⁴⁵

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 322

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81.

⁴⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro do rol de direitos fundamentais, sendo positivado no inciso LXXVIII⁴⁶ do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Referido inciso é consequência de uma insatisfação da sociedade com a demora na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.⁴⁷

Na visão de Nelson Juliano Schaefer Martins, o Estado tem a obrigação de oferecer aos ligantes um meio efetivo de prestação de jurisdicional, *in verbis*:

O Estado deve assegurar aos litigantes em particular e à sociedade em geral meios ‘expeditos’ e ‘eficazes’ de exame da demanda. Eficazes porque esses meios devem ter a aptidão necessária à propiciar e garantir ao vitorioso a utilidade da sentença e a concretização prática e fática da tutela⁴⁸

Nesta linha, José de Albuquerque Rocha é enérgico em definir “que justiça tardia é negação da justiça.”⁴⁹

De outra banda, Jean Carlos Pimentel dos Santos, defende que, nem sempre, a celeridade processual deve ser o objetivo principal, mas sim, uma cognição eficiente por parte do órgão julgador, a fim de proferir a melhor decisão cabível ao caso, nestes termos:

Abinitio, a tão buscada celeridade não pode vir a comprometer a atividade cognitiva do juiz, pois de nada adianta imprimir presteza ao trâmite se, ao final, o processo apresentar para os litigantes uma solução injusta ou superficial. A idéia de duração razoável do processo está ligada à efetividade da prestação da tutela jurisdicional, uma vez que a celeridade do processo visa atingir o escopo da utilidade, todavia, sem sacrificar o ideal de justiça da

⁴⁶ Constituição Federal: Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁷ WELSH, Gisele Mazzoni. **A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como Garantia Constitucional**. 2008. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5939-a-razoavel-duracao-do-processo-art-5o-lxxviii-da-cf88-como-garantia-constitucional>. Acesso em 18/05/2017.

⁴⁸ SCHAEFER, Nelson Juliano Martins. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 93.

⁴⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

decisão, que demanda um processo dialético-cognitivo exauriente que, por sua vez, demanda tempo.⁵⁰

Ou seja, esbarramo-nos em um conflito entre a efetiva tutela jurisdicional, que defende um processo ágil, e a segurança jurídica, que por sua vez, possui por fundamento uma decisão correta por parte do magistrado, o que depende, exclusivamente, de uma instrução processual ampla e coesa.

A segurança jurídica é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pelo qual busca-se a estabilidade do sistema jurídico como um todo.⁵¹ A Constituição Federal, ao afirmar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁵² confere a garantia de que nenhum ato normativo do Estado alcançará situações já consolidadas.⁵³

No entanto a segurança jurídica não se resume ao respeito as questões passadas, mas para que haja segurança jurídica no sistema legal é necessário que haja estabilidade e previsibilidade.

Neste sentido, Marinoni doutrina que “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.⁵⁴

Por outro lado, já lecionamos que a segurança jurídica não se posta como ordem previsível constante, expressamente no ordenamento jurídico, mas como elemento que traduz a perspectiva de cognição exauriente por parte do magistrado, para fins de se obter a decisão mais próxima da aceitável pelos jurisdicionados, e para isso, pressupõe-se a compreensão de que uma duração suficiente do processo se faz necessária.⁵⁵

⁵⁰ SANTOS, Jean Carlos Pimentel dos. **A efetividade da tutela jurisdicional**. 2011. Disponível em: http://www2.tjam.jus.br/esmam/index.php?option=com_content&view=article&id=258:a-efetividade-da-tutela-jurisdicional&catid=70:artigos-academicos&Itemid=116 . Acesso em 26/05/2017.

⁵¹ NASCIMENTO, Cristianne. **O Princípio da Segurança Jurídica e o Processo Administrativo**. Buqui Livros Digitais. 2016. p. 15.

⁵² Constituição Federal: Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁵³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 469.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 345.

⁵⁵ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 267.

Nessa perspectiva da segurança jurídica, concordamos que o processo deva transcorrer em duração razoável, entretanto, a instrução probatória deva ser privilegiada em detrimento da celeridade, sob pena, inclusive, de descontinuação da decisão de mérito, uma vez flagrada a violação a ampla defesa, sendo dever dos Tribunais desconstituírem as decisões que vierem a violar o direito fundamental a prova.

Utiliza-se como exemplo, o caso de indeferimento de perícia atuarial em primeiro grau de jurisdição, no processo nº 70061587887⁵⁶, julgado pela Sexta Câmara cível da Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ocasionou, em sede de agravo retido, a desconstituição da sentença com remessa dos autos a primeira instância para a devida produção de provas.

Evidente que o ato de anular uma sentença, em razão da privação de provas, atenta contra a efetividade do Poder Judiciário, uma vez que diante desta situação, o processo deverá retroagir ao primeiro grau de jurisdição, esvaziando-se o discurso de uma aplicação rígida da técnica preclusiva com fundamento na efetividade da tutela ao jurisdicionado, visto que a aplicação da preclusão em absoluto, atentar-se-á contra a própria efetividade do processo

Logo, impossível dizer que a efetividade, junto da celeridade processual, está acima da segurança jurídica e o direito fundamental à prova, uma vez que estes, quando limitados, causam grandes e vitais prejuízos ao processo, trazendo retrocesso ao seu andamento, assim, violando a principal finalidade da preclusão, que é impedir o processo de retroagir.

V - DA MITIGAÇÃO DA PRECLUSÃO EM BUSCA DA VERDADE REAL.

Tendo como a base a supremacia, por regra, da segurança jurídica em face da

⁵⁶ APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. MBM - MONTEPIO DA BRIGADA MILITAR. REVISÃO DE PENSÃO. NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA ATUARIAL. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO RETIDO - Segundo a Egrégia Corte, se faz necessário no caso concreto a realização de prova técnica atuarial, quando não houver fundamentos técnicos suficientes para amparar a revisão do valor do benefício pleiteado pelo autor. Precedentes jurisprudenciais. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, A FIM DE DESCONSTITUIR A SENTENÇA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70061587887, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 28/05/2015)

efetividade, mormente na fase instrutória, cabe-nos avançar acerca da possibilidade de mitigação da preclusão em busca da verdade.

O princípio da verdade real é tradicionalmente utilizado no processo penal, entretanto, a doutrina processual tem importado sua aplicação, em parte, ao processo civil. Quanto ao princípio, Tourinho Filho leciona que “o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça”.⁵⁷

Nesta linha, diante da concepção da preclusão como princípio processual, conforme abordado no primeiro capítulo, foi dito que a preclusão está intimamente ligada à efetividade da tutela jurisdicional do Estado, uma vez que impulsiona o processo para a sentença, de modo a diminuir a distância temporal entre o ajuizamento da demanda e seu trânsito em julgado.⁵⁸

Entretanto, diante a aplicação absoluta das preclusões previstas pelo sistema, não é raro que ocorram prejuízos significativos a instrução do processo⁵⁹. Por consequência, ao final do processo, poderá ser que a decisão de mérito não represente o melhor sentido de justiça, fugindo da verdade real, uma vez que a instrução foi prejudicada.

Nesse sentido, Eduardo Cambi tece crítica ao sistema preclusivo:

Esse sistema de preclusões tem desvantagens e vantagens. A maior desvantagem é sacrificar o interesse público na busca da verdade, que aconselharia conceder todas as oportunidades de dedução probatória, até o momento de proferir a sentença definitiva. Todavia, para que essa exigência fosse satisfeita, seria preciso sacrificar a celeridade processual, além de dar ensejo ao emprego de táticas dilatórias ou abusivas. Um procedimento, que não concentrasse as deduções probatórias em um determinado momento do processo, não prevenindo preclusões temporais, daria margem para que o litigante mais astuto apresentasse os seus melhores argumentos somente quando o adversário não tivesse condições de opô-los eficazmente. Isso seria prejudicial ao escopo da obtenção da decisão justa, porque permitiria táticas surpresas que dificultariam o exercício do contraditório e acirrariam os ânimos, já conflitantes, dos litigantes, além de ser um

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 41.

⁵⁸ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 268.

⁵⁹ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 269.

incentivo ao abuso e à má-fé processuais, contrários à noção dialética do processo, fundada no diálogo, na compreensão e na colaboração entre o juiz e as partes, voltados para a pacificação com justiça dos conflitos de interesses.⁶⁰

Nessa perspectiva, a efetividade jurisdicional só se mostra realmente importante, se de fato, acompanhar outros valores importantes do processo, a começar pela justiça.⁶¹ Na concepção de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, justiça tem por definição:

Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova).⁶²

Em busca da justiça processual, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira cita a necessidade de um maior informalismo no processo (“formalismo-valorativo”)⁶³; o fundamento contrário à ideia de Oliveira tem por razão a exigência de um processo célere, que tenha seu final o mais rápido possível. Uma eventual relativização das disposições processuais da preclusão, com o intuito de reduzir a sua área de atuação, em princípio colocaria em desfavor a celeridade do rito processual, mesmo que se justificando em princípios maculados na Constituição Federal, como o contraditório e a ampla defesa.⁶⁴

O fundamento contrário à relativização do procedimento processual, decorre do fato de que o processo se tornou algo distante da população em geral. Atualmente temos um processo extremamente regrado, engessado, formalista e assim mesmo, diante de todas as regras e procedimentos estabelecidos, é notório à população que assim que uma ação é ajuizada perdurará por alguns anos no Poder Judiciário. O que dizer se relativizarmos as

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 30.

⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e o processo de conhecimento**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm> Acesso em 21/05/2017.

⁶² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e o processo de conhecimento**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm> Acesso em 21/05/2017.

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e o processo de conhecimento**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm> Acesso em 21/05/2017.

⁶⁴ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 275.

normas processuais a fim de permitir um processo mais volátil? O raciocínio do homem médio leva a crer que o processo se tornaria algo desordenado e ainda mais lento.

Nesta linha, Candido Dinamarco tece comentário sobre o descrédito do processo perante a sociedade como um todo, *in verbis*:

Por imposição do seu próprio modo de ser, o direito processual sofre de natural propensão ao formalismo e ao isolamento. Ele não vai diretamente à realidade da vida, nem fala a linguagem do homem comum. O homem comum o ignora, o próprio jurista o desdenha e os profissionais do foro lamentam as suas imperfeições, sem atinar com meios para melhorá-lo. A descrença de todos na Justiça é efeito da mazelas de um sistema acomodado no tradicional método introspectivo, que não inclui a crítica do sistema mesmo e dos resultados que ele é capaz de oferecer aos consumidores finais do seu serviço - ou seja, aos membros da população.⁶⁵

Entretanto, como já abordado, não podemos colocar a celeridade processual em um posto de princípio máximo e intocável, muito menos devemos conduzir o processo em uma busca cega pela celeridade, uma vez que a pressa, no sentido literal da palavra, poderá induzir a nulidades, fazendo o processo retroagir, afrontando o próprio princípio da efetividade jurisdicional.

Nesse diapasão, diante da rigidez da técnica preclusiva em primazia da efetividade, devemos lembrar da lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a qual retrata que “o processo não foi feito para punir desatenções, e sim para fazer justiça”.

A confortar o pensamento de Oliveira, Dinamarco manifesta-se quanto à apreciação de todas as provas trazidas aos autos do processo, independentemente de sua tempestividade, *in verbis*:

O simples retardo na entrega não impede que os pareceres trazidos a destempo sejam juntos aos autos e o juiz os leve em consideração ao julgar. Tal é uma projeção do princípio da aquisição da prova, pelo qual todos os elementos probatórios vindos a juízo devem ser considerados, não importando qual sua origem nem circunstâncias como essa (o

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999. p. 11.

desentranhamento é uma truculência); mas há decisão do Superior Tribunal de Justiça em sentido oposto. Se não vierem em tempo de serem submetidos ao crivo do contraditório entre as partes, seu poder de convicção ficará muito abalado e o juiz os apreciará ainda mais prudentemente do que deve fazer sempre, no exercício de sua prerrogativa de livre convencimento.⁶⁶

Nesta perspectiva, Fernando Gajardoni leciona que, independente de prazo estabelecido em lei, documentos trazidos aos autos devem ser admitidos e valorados, nos seguintes termos: “Ainda que inexistente autorização legal, que os prazos sejam adaptados judicialmente conforme a complexidade da matéria de fato e de direito debatido (direito material), ou, ainda, conforme as particularidades pessoais da parte litigante.”⁶⁷

Levando em consideração o direito fundamental à prova e seu status constitucional, a instrução probatória não pode ser indeferida sem maiores repercussões.⁶⁸ Para haja o devido indeferimento, a produção da prova deve causar prejuízo considerável ao processo, não podendo ser indeferido pelo magistrado, por exemplo, a juntada de rol de testemunhas intempestiva, mas ocorrida em tempo razoável, como um ou dois dias após o prazo findado, uma vez que não haverá nenhum prejuízo processual significativo.

Nesse sentido, Gajardoni afirma que “ainda que não haja a estrita obediência do prazo legal ou judicial, deve se admitir a prática do ato processual sempre que o procedimento não tenha avançado adiante, isto é, mudado de fase.”⁶⁹

Com efeito, transcreve-se trecho de voto da Des.^a Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, acerca da prevalência da ampla defesa em face de normativas infraconstitucionais, nestes termos:

Desta forma, embora não tenham seguido o rito determinado pelo magistrado, deixando de ofertar o rol de testemunhas em

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 1^a Ed. Malheiros, São Paulo, 2002. p. 116.

⁶⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo, 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009. p. 157.

⁶⁸ Rubin, Fernando. **Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. 2013. Disponível em <https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943642/teoria-geral-da-prova-do-conceito-de-prova-aos-modelos-de-constatacao-da-verdade>. Acesso em 22/05/2017.

⁶⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo, 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009. p. 234.

dez dias, como consignado na anterior decisão, é fato que, com a antecedência necessária, considerando a data de 21 de agosto, os agravantes ofereceram seu rol de testemunhas (a petição ofertando o rol de testemunhas foi protocolada em 25/5/2012).

A necessidade da prova oral é medida que se impõe para que se alcance a efetiva jurisdição, respeitando-se a ampla defesa, sem que isso implique prejuízo à parte adversa, uma vez que não se busca garantir êxito ao autor da demanda, senão acesso às provas judicialmente permitidas em especial no caso dos autos, que trata de acidente de trânsito.⁷⁰

Nesse diapasão, Gajardoni citando Roberto Poli, explica que os prazos tendem a satisfazer três exigências, sendo elas:

a) a exigência de que no momento da efetiva decisão da causa as partes já tenham exposto ao juiz as suas razões de fato e de direito; b) a exigência de que seja respeitado o desenvolvimento do processo através das suas sucessivas fases processuais (postulatória, instrutória, decisória); e c) a exigência de que seja observado o contraditório, o direito de defesa, a imparcialidade do juiz, que certamente seria violada se findo o prazo a outra parte, surpreendendo o adversário, praticasse novo ato.⁷¹

Dessa forma, se as exigências citadas forem atendidas, não existem motivos para obstar a prática do ato processual intempestivo. Se a razão prevalente dos prazos processuais são garantir o ritmo ao procedimento e o processo se encontra na mesma fase procedimental, há de se superar a forma temporal adotada pelo legislador, adequando o procedimento a tutela pretendida pelas partes, afastando-se assim a preclusão.⁷² Fato este que ocorreu no julgamento do agravo de instrumento supracitado, onde a Des.^a Ana Lúcia

⁷⁰RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70049636038**, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 17/08/2012.

⁷¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *apud* Poli, Roberto. **Flexibilidade Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo, 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009. p. 235.

⁷² GAJARDONI, Fernando da Fonseca *apud* Poli, Roberto. **Flexibilidade Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo, 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009. p. 235.

Carvalho Pinto Vieira Rebout, sobrepesou a finalidade da prova e assim deferiu a oitiva de testemunhas arroladas intempestivamente.

Diante destas condições, concluímos pela possibilidade de relativização de certas formalidades, quando:

(a) dirigida ao atendimento da finalidade jurídica primacial do processo (de realização do direito material, e (b) seja realizado o ato processual em tempo não excessivamente prolongado; (c) desde que preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes (notadamente daquela não-beneficiada) e (d) não demonstrada topicamente desídia ou desinteresse da parte a quem noticiada a relativização beneficiar.⁷³

O modelo de relativização acima proposto se aplica, principalmente, aos prazos tocantes à instrução probatória, visando garantir o direito fundamental à prova.⁷⁴

Ademais, o presente modelo tende a beneficiar a parte que não se valeu do prazo, mas possuía interesse na produção de provas e justificou sua necessidade. O ponto principal desta teoria é tornar possível a instrução probatória daquele que cometeu algum deslize, como a perda de um prazo, entretanto, praticou seu ato processual em tempo razoável e não causou prejuízos ao processo.⁷⁵

Nessa seara, com o advento do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), houveram novidades a cerca da redução da aplicação do instituto da preclusão, de modo a conferir maior efetividade e certeza à tutela do bem jurídico disputado pelas partes.⁷⁶

Felizmente, o CPC/2015, previu em seu art. 139, VI⁷⁷, a possibilidade do Juiz dilatar prazos processuais, bem como alterar a ordem de produção de provas quando necessário, ou seja, possibilitou a flexibilização do procedimento com a intenção de que o processo flua conforme as necessidades específicas da lide, assim, possibilitando uma

⁷³ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 282.

⁷⁴ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 282.

⁷⁵ RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 283.

⁷⁶ RUBIN, Fernando. **Flexibilização do procedimento e prazos dilatórios: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11603. Acesso em 15/06/2017.

⁷⁷ CPC/2015: Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

instrução satisfatória, para que ao final, o magistrado possa proferir uma decisão justa e efetiva às partes.⁷⁸

Nesse sentido, segundo Luiz Guilherme Marinoni, o dispositivo infraconstitucional em comento possibilitou que o juiz e as partes convencionassem os prazos da instrução probatória conforme a necessidade da causa.⁷⁹

Diante das possibilidades criadas pelo art. 139, VI, a diferenciação entre prazos dilatatórios e peremptórios desaparece, uma vez que a lei prevê que o juiz poderá dilatar os prazos da instrução. Nesse sentido lecionamos:

Essa resolução da problemática fica evidentemente facilitada, já que maiores esforços exegeticos – de interpretação do CPC à luz da CF – deixam de se fazer indispensáveis, a partir do momento em que o próprio codex já admite que os prazos (na instrução) podem ser dilatados pelo magistrado.⁸⁰

Assim, possível concluir que o CPC/2015 adotou a teoria da flexibilização procedimental como uma possibilidade de modelo processual a ser seguido, fugindo das formas inexoráveis do Código Buzaid.

Sob esta perspectiva, Ricardo Villa Bôas Cueva, define a flexibilização procedimental como “a possibilidade de o juiz adotar, por iniciativa própria ou mediante oitiva ou anuência das partes, dependendo do modelo normativo, procedimento mais adequado à solução do conflito levado à apreciação do Judiciário.”⁸¹

Para Fernando da Fonseca Gajardoni, a flexibilização procedimental é decorrente do *principio da adaptabilidade*. O referido princípio revela a necessidade do Juiz, diante da necessidade do caso concreto, adaptar o procedimento para que efetividade seja alcançada de forma plena.

⁷⁸RUBIN, Fernando. **Flexibilização do procedimento e prazos dilatatórios: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11603. Acesso em 20/05/2017.

⁷⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. Vol. II. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p.118.

⁸⁰RUBIN, Fernando. **Novo CPC e mitigação da preclusão**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21712>. Acesso em 15/05/2017.

⁸¹CUEVA, Ricardo Villa Bôas. **Flexibilização de procedimento no novo CPC**. Disponível em <http://jota.info/flexibilizacao-procedimento-novo-cpc>. Acesso em 22/05/2017.

O *princípio da adaptabilidade* encontra fundamento legal do art. 139, VI do CPC/2015, onde a lei autoriza o magistrado a flexibilizar o procedimento para melhor atender as peculiaridades da lide. O ideal, nesse cenário, e agora de acordo com o parágrafo único do art. 139, é que a dilação de prazo seja requerida pela parte antes de encerrado o prazo regular, em homenagem ao princípio da colaboração e à boa-fé objetiva – matérias atinentes à parte principiológica do codex, respectivamente, arts. 6º e 5º da Lei nº 13.105/2015.

A partir dessas balizas, Gajardoni leciona que a flexibilização procedimental não limita-se ao prazos e ordem de produção de provas. Uma vez identificada a incompatibilidade do rito de procedimento, deve o juiz, ainda que inexistente previsão legal, efetuar a variação e adaptação do procedimento, para que assim, a efetivação da tutela aconteça de forma satisfativa ao jurisdicionado.⁸²

Isto posto, conclui-se que a flexibilização é pressuposto essencial para uma possível mitigação do instituto da preclusão, afim de diminuir a aplicação do instituto preclusivo com o fito de preservar direitos hierarquicamente superiores, como é o caso do direito fundamental à prova, e assim, alcançarmos um processo justo e efetivo, no qual a decisão de mérito ao final da lide refletirá, mediante uma instrução probatória coesa e ampla, o melhor sentido de justiça.

VI–CONCLUSÃO.

Diante do monopólio estatal da jurisdição, criou-se a necessidade de regular o que hoje chamamos de processo, assim nasceu o instituto da preclusão, onde o legislador, na tentativa de regular o procedimento delimitou prazos e modos para a perfectibilização dos atos processuais.

Tendo em vista os aspectos mencionados, somos levados a acreditar que o instituto da preclusão é de suma importância para o desenvolvimento do procedimento processual. Sem o referido instituto, não se poderia atender o princípio constitucional à

⁸² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo, 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009. p. 157.

duração razoável do processo, uma vez que a possibilidade de prática dos atos processuais perdurariam no tempo de maneira infinita, causado uma desordem no processo.

Entretanto, a rigidez do instituto da preclusão pode esbarrar em outros direitos fundamentais, como a ampla defesa e direito fundamental à prova. Levando isto em conta, devemos tratar o indeferimento de provas como exceção, não sendo proporcional o indeferimento de provas fundamentados, unicamente, na preclusão do ato processual.

Como analisado, a instrução probatória constitui fase de extrema importância na lide processual. É nesse momento em que o magistrado irá fundamentar suas razões, para, ao final, proferir a decisão que lhe pareça mais justa e relacionada com a verdade real das versões fáticas apresentadas.

Com um sistema preclusivo rígido, imutável, sem possibilidade de relativização, é notório que a ampla defesa e o direito fundamental à prova encontram-se comprometidos, uma vez que, por um dia de atraso no protocolo, uma parte poderá ter seu meio de prova declarado precluído por mero formalismo (pernicioso).

Deve-se atentar a dois pressupostos para a mitigação da preclusão em homenagem ao direito fundamental à prova: o prejuízo processual que o deferimento da produção de prova irá causar ao processo, e a ausência de desídia pela parte interessada. Sendo evidente que o atraso, por exemplo, de dois dias na protocolização de um rol de testemunhas, jamais irá trazer prejuízo processual, tampouco representa desídia da parte interessada – mormente quando requerida dilação de prazo dentro do prazo regular (art. 139, VI e parágrafo único do Novo CPC).

De fato, o CPC/2015 previu a possibilidade de dilação processual dos prazos, até de maneira *ex officio* pelo magistrado, quando este entender que a causa alcançará um maior nível de segurança se o procedimento for adaptado às suas peculiaridades, adotando a teoria da flexibilização procedimental.

Em linhas gerais, portanto, conclui-se pela possibilidade da mitigação do instituto da preclusão em homenagem ao direito fundamental à prova, não compactuando com o melhor sentido de justiça, o indeferimento probatório com fundamento único na preclusão do ato processual, sendo uma afronta aos preceitos constitucionais positivados no art. 5^a da Constituição Federal – comporificadores do macro-princípio da segurança jurídica, sendo

medida de justiça processual o deferimento de provas que não causem prejuízo ao processo e não representem manifesta desídia da parte interessada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALVIN, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol 1. 9ª Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de Direito Processual**. Vol. 1. Saraiva, 2012.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1. 8ª Ed. Saraiva, 2014.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- CAMBI, Eduardo. **Neoprivatismo e Neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>. Acesso em 15/06/2017.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. 4ª Ed. Campinas: Bookseller, 2005. Traduzido por Lisa Pary Scarpa.
- _____. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2015. Tradução de Roger Vínicius da Silva Costa.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições e Direito Processual Civil**. Vol. III. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva, 1969.
- CUERVA, Ricardo Villa Bôas. **Flexibilização de procedimento no novo CPC**. Disponível em <http://jota.info/flexibilizacao-procedimento-novo-cpc>. Acesso em 22/05/2017.

- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 1^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 7^a ed. Malheiros, São Paulo, 1999.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. Volume III. 2^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FILHO, Walter Camejo. **Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org). Prova Cível. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo, 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009.
- GOMES, Luiz Flavio. **Lei nº. 11.690/08 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/provas+ilicitas+conceito+e+inadmissibilidade>. Acesso em 17/06/2017.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios e Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 3^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. 5^a Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.
- _____. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. Vol. II. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

- NASCIMENTO, Cristianne. **O Princípio da Segurança Jurídica e o Processo Administrativo**. Buqui Livros Digitais. 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 8ª Edição. JusPodivm, 2016.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e o processo de conhecimento**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm> Acesso em 21/05/2017.
- PADILHA, Letícia Marques. **O Direito À Prova Como Um Direito Fundamental: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista>. Acesso em 15/06/2017.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70049636038**, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 17/08/2012.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- RUBIN, Fernando. **A Preclusão Na Dinâmica Do Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Flexibilização do procedimento e prazos dilatatórios: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11603. Acesso em 15/06/2017.
- _____. **Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23414>>. Acesso em: 18/06/2017
- SANTOS, Jean Carlos Pimentel dos. **A efetividade da tutela jurisdicional**. 2011. Disponível em: http://www2.tjam.jus.br/esmam/index.php?option=com_content&view=article&id=258:a-efetividade-da-tutela-jurisdicional&catid=70:artigos-academicos&Itemid=116 . Acesso em 26/05/2017.
- SCHAEFER, Nelson Juliano Martins. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. 1. 56a Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015. p. 197.
- TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2000.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. I 5a Ed. Revista dos Tribunais, 2002. São Paulo.
- WELSH, Gisele Mazzoni. **A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como Garantia Constitucional**. 2008. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5939-a-razoavel-duracao-do-processo-art-5o-lxxviii-da-cf88-como-garantia-constitucional>. Acesso em 18/05/2017.