

## LIMITES DO DIREITO À PROVA

*Walter Camejo Filho*

---

### INTRODUÇÃO

O processo, em linhas gerais, representa uma garantia ao cidadão no sentido da satisfação efetiva dos direitos materiais que entende possuir – qualquer que seja a esfera considerada (civil, penal, trabalhista, eleitoral, administrativa) – uma vez que estabelece, com antecedência, as regras que irão orientar o trâmite que vai desde o pedido inicial até o momento em que se realiza a prestação jurisdicional.

O percurso é longo. E o objetivo é um só: o convencimento do julgador – qualquer que seja a instância envolvida. Para alcançar seu escopo, os litigantes valem-se basicamente de um instrumento: da prova.

É através dela que as partes procuram persuadir o julgador de que a razão acomoda-se ao seu lado; de que suas alegações são as verdadeiras; de que os fatos que embasam os direitos alegados correspondem exatamente às versões por eles apresentadas.

Conforme ensina **Giovanni Verde**, a prova caracteriza-se como sendo qualquer instrumento capaz de fazer reviver no presente um acontecimento passado. É um trâmite, uma ponte entre o passado e o presente.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> VERDE, Giovanni – *Prova legale e formalismo*, in *Il Foro Italiano*, 1990, Parte V, coluna 465.

As partes têm o direito de levar ao processo as provas que considerem úteis ou necessárias para a demonstração dos fatos nos quais embasam as correspondentes pretensões.

A prova tem por finalidade o juízo. O tema da indagação é levado ao juiz através das proposições factuais que as partes do litígio introduzem no processo.

No entanto, apesar de previsto expressamente na Constituição Federal<sup>2</sup>, cumpre indagar se o direito à prova é ou não absoluto. E esta resposta somente será possível depois de solucionada outra importante questão – ou seja, sobre qual *verdade* se busca no processo: se a verdade dita *material*, ou se apenas uma verdade *formal*.

Imaginando que fosse possível alcançar, através do processo, a verdade absoluta, forçoso seria reconhecer que o caminho a ser percorrido seria o mais longo possível, haja vista a necessidade de serem produzidas provas de forma ampla e abrangente, sem qualquer limitação.

Por outro lado, admitir que o processo lida com verdades relativas leva à conclusão de que alguns limites ao direito à prova podem ser admitidos, de modo a reduzir o tempo do processo, bem como o objeto e as formas de investigação.

A matéria reveste-se de especial importância em razão dos valores fundamentais que nela estão envolvidos. Sem dúvida, aqui entram em choque os valores da *segurança jurídica* e o da *efetividade do processo*. O conflito também pode ser traduzido como entre *celeridade/ponderação* – ou ainda como entre *justiça/pacificação*.

**Cândido Dinamarco**, sobre a questão, ressalta que através do processo, geralmente, se busca aperfeiçoar o conhecimento (através do contraditório, da ampla possibilidade de instrução e de uma variada gama de recursos) – o que favorece o encontro

<sup>2</sup> Art. 5º, inciso LV, da CF: “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 ele inerentes;”

da verdade. Obtém-se, com isso, uma maior fidelidade à vontade concreta da lei. No entanto, em detrimento desse *ideal de fidelidade*, são feitas concessões no intuito de acelerar o serviço jurisdicional, adaptando-o à realidade e à essência do conflito. A atividade jurisdicional, então, orienta-se no sentido de eliminar o *estado anti-social de insatisfação* que originou o processo.

Conclui o autor ressaltando que, nesses casos, “*troca-se a virtude interna da fidelidade pela virtude funcional da pacificação social, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tenha a ordem jurídica, de promover a pacificação com justiça.*”<sup>3</sup>

Ao se pretender limitar o direito à prova, está-se garantindo, de certa forma, a efetividade do processo, haja vista que a resposta jurisdicional será obtida de forma mais abreviada no tempo. No entanto, alguns autores ainda questionam se esta pretensão celeridade processual não sacrificaria a segurança jurídica da decisão, cuja certeza pode ter sido comprometida pela imposição de limites à busca de uma maior certeza sobre os fatos que lhe servem de base e fundamento.

A doutrina divide-se sobre o assunto. Existem autores – como **Giovanni Verde** – que defendem a admissibilidade no processo de tudo aquilo que for relevante, preferindo que a imposição de limites ocorra em momento posterior, através da liberdade absoluta do juiz para a avaliação das provas. Os procedimentos de aquisição probatória, assim, deveriam ser abolidos, pois representam arbitrária limitação da indagação judicial<sup>4</sup>.

O juiz deveria ser livre para individualizar os instrumentos de controle e, depois, regular caso a caso os procedimentos de aquisição das provas no processo. A única exigência seria salvar guardar o **princípio do contraditório**. Ao juiz, portanto, deveria

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido – *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 335.

<sup>4</sup> VERDE, Giovanni – ob. cit., col. 466.

ser assegurada a possibilidade de formar livremente seu próprio convencimento.

Esta absoluta liberdade na admissão probatória, no entanto, confronta a realidade da maior parte dos ordenamentos jurídicos – que disciplinam os meios de prova através de catálogos de exceções à regra do livre convencimento e do direito das partes à prova.

Na raiz desta sistematização, por certo, existe a convicção de que o processo não serve para conhecer os fatos, isto é, para estabelecer a verdade *material* – mas unicamente para conseguir desta a fixação formal.

O autor ressalta que a disciplina jurídica das provas tem a função de garantir as partes do arbítrio judicial e dos desvios em sentido autoritário do modo de administrar a justiça. No entanto, segundo ele, deveria existir uma aproximação entre os princípios do livre convencimento judicial e o direito à prova – da busca necessária da verdade material.

Mesmo que fosse apenas para “*cultivar ilusões*”<sup>5</sup>.

A tarefa do processo, neste contexto, seria a de diminuir a diferença entre a verdade formal e a verdade material.<sup>6</sup>

Em contrapartida, pode-se citar o criterioso estudo feito por **Carlos Alberto Alvaro de Oliveira** o qual, em linhas gerais, ressaltou que o objeto do processo não é a obtenção de verdades absolutas. Ao contrário, representa ela simples meio para tornar possível a aplicação do direito ao caso concreto.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> VERDE, Giovanni – ob. cit. 467.

<sup>6</sup> Cândido R. Dinamarco, na obra já citada – *A instrumentalidade do processo* – examina a finalidade do processo em uma dimensão complexa, envolvendo os diversos planos propostos (social, político e jurídico). Refere, com isso, a moderna tendência doutrinária de estender o escopo da jurisdição para além de seu fim imediato (*realização de interesses*) ou mediato (*reintegração do direito objetivo*) – ob. cit., p. 206/215.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 145.

Nesta linha de pensamento, sustenta que a relatividade na obtenção da verdade ainda se acentua pelo próprio caráter conflituoso do processo, que tem por características a circunstâncias próprias da investigação judicial, marcadas pelas limitações materiais do juiz, pelas restrições à admissão de certos tipos de provas, bem como pelas reservas – *detalhadas e formalistas*<sup>8</sup> – estabelecidas para certos meios de prova.

*“Tudo isso, claro está, passa a colocar limites ao método, ao objeto, aos instrumento e à duração da investigação da verdade, restrições estabelecidas principalmente em função de diversas exigências inerentes à própria administração da justiça.”*<sup>9</sup>

Conclui, portanto, que a verdade processual nunca é absoluta, mas relativa – e *sempre em certa medida formalizada*.<sup>10</sup>

O objeto do presente estudo reside, justamente, na indagação sobre os limites que são impostos ao direito das partes à prova. Sempre levando em consideração se o *catálogo de exceções* imposto às partes e ao livre convencimento judicial representam prejuízo – ou pressuposto – para uma efetiva administração da justiça.

## I – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A atividade probatória está voltada ao conhecimento dos fatos pelo juiz, mas também tem a finalidade de fixar os fatos no processo (no próprio universo social), cumprindo sua função legitimadora das decisões judiciais.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – ob. cit., p. 145.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – ob. cit., p. 146.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro – ob. cit., p. 147.

O procedimento probatório desenvolve-se em diversas etapas. Na primeira, a postulatória, as partes pedem a produção de determinadas provas. O juiz, neste momento, exerce verdadeiro juízo de admissibilidade em relação às mesmas, determinando a produção daquelas que considerar relevantes.

**Antonio Magalhães Gomes Filho** esclarece que “*a admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos*”.<sup>11</sup>

O exercício desse poder, sem dúvida, representa um limite à atividade probatória e, por tal razão, merece ser investigado. Em linhas gerais, o juízo de admissibilidade manifesta-se de forma escalonada, tal como um filtro constituído por três planos distintos, que eliminam as provas *impuras*, deixando passar apenas aquelas que realmente interessam para a solução do litígio.

A dimensão mais ampla desta *filtragem* inicial é aquela que investiga as provas sob a ótica da *licitude*. Ou seja, em um primeiro momento, o julgador estabelece se a prova pretendida pelas partes é lícita ou não.<sup>12</sup>

Superada esta primeira fase, o juiz irá investigar se a prova preenche o requisito da *adequação* – em outras palavras, se a prova é adequada para evidenciar o fato alegado pela parte.

---

<sup>11</sup>FILHO, Antônio Magalhães Gomes – *Direito à Prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

<sup>12</sup>Antonio Magalhães Gomes Filho sustenta que não se confunde a admissibilidade com a licitude da prova, porque esta última qualidade resulta de uma conformidade com o direito material, enquanto a primeira representaria noção processual. De fato. Não se trata de confusão, mas, sim, de considerar a ilicitude como um dos fatores capazes de conduzir à não admissão da prova no processo. O referido autor cita Franco Cordero (*Procedura penale*, 7a ed., Milano, Giuffrè, 1983, p. 906) para esclarecer que, em certos casos, “a *inadmissibilidade* constitui uma consequência da *ilicitude*” – *in ob. cit.*, p. 95 (nota 12).

Por fim, ultrapassados os planos da licitude e da adequação, a prova ainda vai ser submetida ao crivo da *pertinência* – entendida esta como o necessário liame entre a prova e o objeto do litígio propriamente dito.

Cada uma dessas dimensões, por assim dizer, representam verdadeiros limites ao direito das partes à prova. O juiz – verdadeiro destinatário do material probatório – exerce o juízo de admissibilidade de modo a restringir a prova a ser produzida no processo. Limita a prova antes mesmo de ela entrar nos autos. E esse poder, sem dúvida, merece ser investigado.

#### A) *Limites Legais*

É a lei que estabelece os parâmetros segundo os quais se irá julgar sobre a eventual ilicitude de uma prova pretendida pela parte. Por certo, cumpre fazer aqui a devida distinção entre *prova lícita* e *prova legal*. A primeira é aquela que está de acordo com o ordenamento jurídico. A segunda, tradicionalmente, refere-se ao sistema de avaliação probatória que estabelecia, com anterioridade, o valor probante dos meios probatórios<sup>13</sup>.

A regra geral, portanto, é a de que são admissíveis todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no ordenamento jurídico (provas atípicas) como hábeis a demonstrar a verdade dos fatos nos quais se funda a ação ou a defesa<sup>14</sup>.

Sobre a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica, a doutrina tradicionalmente tem oscilado entre duas concepções bastante opostas.

---

<sup>13</sup> O sistema da prova legal levava ao extremo o formalismo da prova. Buscava sua quantificação absoluta. Seu ápice ocorreu na Idade Média, onde os doutrinadores da escolástica estabeleciam os critérios de valoração.

<sup>14</sup> Art. 332 do CPC.

A primeira considera como prevalente o interesse da Justiça no sentido de descobrir a verdade. Assim, eventual ilicitude na obtenção da prova não afasta seu valor como elemento útil para influenciar o convencimento do julgador. A prova seria admitida – possibilitando-se e punição do infrator pela infração de direito material cometida<sup>15</sup>.

A segunda concepção, contudo, parte do pressuposto de que o Direito não pode prestigiar comportamento antijurídico – nem consentir que se beneficie aquele que desrespeitou preceito legal, com prejuízo alheio. Desta forma, o juiz afastará a prova ilegitimamente obtida, deixando de considerá-la para a formação de seu convencimento.

Parte da doutrina, contudo, que propõe uma posição intermediária, segundo a qual seria mais sensato conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos.

Aplicando o princípio da proporcionalidade, o órgão judicial decidiria qual dos interesses em conflito deveria sacrificar, levando em consideração as circunstâncias envolventes do caso concreto, tais como sua gravidade, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos – ou mesmo o vulto do dano causado<sup>16</sup>.

Neste contexto, apesar dos termos taxativos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal vigente<sup>17</sup>, a tendência mais moderna da doutrina orienta-se no sentido de relativizar tal dispositivo, atenuando sua aplicação principalmente nos casos em que o interesse de manter a licitude das provas contrarie interesse de maior relevância como, por exemplo, o de não condenar um inocente.

<sup>15</sup> “*Male captum bene retentum*”.

<sup>16</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa – *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. In Revista de Processo nº 84, p. 146.

<sup>17</sup> Art. 5º, LVI, da CF: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

**Antonio Magalhães Gomes Filho** assim aborda a matéria:

*“(...) são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita **pro reo**: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é **superior**”.*<sup>18</sup>

**Ada Pellegrini Grinover**, por sua vez, sustenta que não se pode atribuir absoluta correspondência entre o ilícito material e a inadmissibilidade processual. Para a autora, a ponte, a passagem entre os dois conceitos deverá ocorrer em uma perspectiva constitucional, uma vez que a inconstitucionalidade da prova se subsume em dois momentos: o da ilicitude material e o da ilegitimidade processual.

*“Assim, a medida e o limite da prova ilícita devem ser estabelecidos sempre com vistas à Constituição. Se a colheita da prova importar em infringência a um direito ou a um princípio de caráter constitucional, a prova deverá ser afastada, ainda que com isso, vez ou outra, se corra o risco da impunidade do culpado. Mas na medida em que a prova colhida contra a lei infringir lei ordinária, de caráter civil, penal ou*

<sup>18</sup> FILHO, Antonio Magalhães Gomes – *ob. cit.*, p. 106/107.

*administrativo, poderá ser utilizado quer o princípio da proporcionalidade, quer o princípio do **male captum bene retentum**, punindo-se o responsável pelo ato ilícito cometido”.*<sup>19</sup>

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a teoria norte-americana da “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisoned tree*) não tem aplicação absoluta no Direito brasileiro, sendo admissível, em alguns casos, a prova obtida de forma ilícita como elemento de influência para o convencimento judicial.

Interessante ressaltar que, muitas vezes, o julgador pode sentir-se tentado a contornar o problema, interpretando de forma flexível a licitude da prova para favorecer, assim, sua admissão no processo.

*APELAÇÃO CRIME. TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. Arguição de nulidade por utilização pela acusação de prova ilícita em plenário. Não-configuração. A fita magnética contendo conversas da acusada foi gravada pela vítima, seu marido, em casa. Admissão, pela apelante, como sua a voz identificada. Inquirição de advogado na condição de amigo da denunciada e do ofendido, sem jamais haver patrocinado os seus interesses. Não se vislumbra ofensa aos arts. 207 do Código do Rito e 7º, inc. XIX, da Lei 8.906/94. (Apelação Crime nº 695153163, 1ª Câmara Criminal do TJRS, Bagé, Rel. Des. Luiz Felipe Vasques de Magalhães. Apelante: O Dr. Promotor de Justiça. Apelante/Apelada: Claudete Chagas Salcedo. Apelada: a Justiça Pública. Apelados/ Assist. Acus.: Luciano Infantini Dini, Leonardo Infantini Dini e Leandro Infantini Dini. j. 06.03.96).*

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini – “*Provas ilícitas*”. In *O processo e sua unidade*, II, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 177/178.

## B) *Limites Verticais*

Os limites verticais seriam aqueles impostos pelo julgador ao selecionar a matéria a ser provada – o objeto da prova. Ou seja, de todo o conflito de interesses levado ao seu exame, o julgador pode estabelecer limites à investigação probatória. Como no caso em que fixa os pontos controvertidos no processo<sup>20</sup>.

Os limites sobre a matéria da investigação probatória também podem ser fixados pelas eventuais fontes de prova – como o exemplo da testemunha, que não é obrigada a depor sobre fatos que lhe acarretem grave dano, ou ao seu cônjuge e parentes (Art. 406, I, do CPC).

Limitações incidentes sobre o *objeto* da prova são bastante freqüentes no sistema anglo-americano, podendo ser citados os exemplos das regras sobre *competence* (que afastam os depoimentos de crianças e doentes mentais, por não serem confiáveis); da *hearsay rule* (que impede o testemunho daqueles tiveram conhecimento dos fatos apenas por *ouvir dizer*); ou da proibição de regras sobre antecedentes do acusado – que poderiam influenciar os jurados a condenar o réu por fatos diversos daqueles efetivamente constantes na acusação.

Sabe-se que os limites da lide, em razão dos princípios da demanda e do dispositivo, são estabelecidos pelas partes, na ação e na defesa, respectivamente. No entanto, cada vez mais se reconhece ao juiz iniciativa probatória, bem como o poder de determinar as provas necessárias à instrução do processo.<sup>21</sup>

Em uma ação de investigação de paternidade, o juiz deverá indeferir o pedido de perícia médica feito no intuito de evidenciar que o investigado realizou vasectomia. Por certo, mesmo que

<sup>20</sup>Art. 451 do CPP: *Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.*

<sup>21</sup>Art. 129 do CPC: *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

tal circunstância ficasse comprovada, não se teria como avaliar se a esterilização foi realizada antes ou depois da concepção. Assim, a prova seria indeferida em razão da não pertinência de seu objeto com a matéria discutida no processo.

Igualmente não será admitida prova de fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, ou admitidos como incontroversos.<sup>22</sup>

### C) *Limites horizontais*

Ao estabelecer limites horizontais – ou longitudinais – o julgador acaba impondo, sumarizando a cognição através da limitação dos meios de prova a serem utilizados pelas partes. Isso pode ocorrer quando ele rejeita meios inadequados para a prova que se quer fazer.

No processo penal os casos são freqüentes – e buscam evitar que o convencimento do juiz ou dos jurados possam ser levado a conclusões que contrariem a correta reconstrução dos autos.

Os dois casos mais citados são os do art. 158 do CPP – que afirma a obrigatoriedade da prova pericial para comprovar a materialidade da infração penal, quando esta deixar vestígios, excluindo a possibilidade de confissão do acusado para este fim; e o art. 167 do CPP – que admite o suprimento da perícia pela prova testemunhal, no caso de desaparecimento dos vestígios.

Seguindo o exemplo antes mencionado sobre a investigação de paternidade, fica claro que o julgador deverá indeferir eventual pedido de perícia contábil para aferir o parentesco entre as partes litigantes. Trata-se de meio inadequado à finalidade pretendida.

---

<sup>22</sup>Art. 334, incisos I, II e III, do CPC.

## II – JUÍZO DE VALORAÇÃO

Este é o momento, dentro do processo, em que, concluída a instrução, o julgador avalia o contexto probatório, orientando seu convencimento no sentido da ação ou da defesa, mediante a aplicação do direito objetivo.

Neste caso, via de regra o juiz se depara com duas ordens de limitação: as de ordem sistemática e as de ordem subjetiva (suas e dos outros personagens atuantes – colaboradores – na cena judiciária).

### A) *Limites Sistemáticos*

A doutrina costuma distinguir três sistemas clássicos pelos quais se procede a valorização do material fático recolhido através das provas produzidas no processo.

Conforme ensina **Antonio Carlos de Araujo Cintra**<sup>23</sup> em obra escrita conjuntamente com **Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco**, os sistemas que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais são o da *prova legal*, no qual a lei estabelece rigorosamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; o da valorização *secundum conscientiam*, em que a lei deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; e o sistema da *persuasão racional*, em que o juiz forma seu convencimento livremente, porém limitado por critérios de racionalidade lógica e científica.

Em todos os sistemas, o que está em jogo é a liberdade do órgão julgador para valorizar as provas e formar seu convencimento, estabelecendo, assim, verdadeira dialética entre a lei e o poder judicial.

---

<sup>23</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araujo *et alii* - *Teoria Geral do Processo*. 7a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 313.

## a) Prova legal

O sistema da prova legal pode ser definido como aquele que contempla “*minuciosa determinação dos critérios de apreciação da prova e concomitante limitação ou exclusão a priori de determinadas provas, a que se subtrai crédito formal perante o magistrado, com vistas a restringir ao máximo a liberdade judicial*”.<sup>24</sup>

Em criterioso ensaio histórico sobre o processo, ensina **Chiovenda**<sup>25</sup> que, com a queda do princípio da livre convicção do juiz – vigente no processo romano – a prova passou a ser regulada por um complexo de normas formais que disciplinam minuciosamente os meios de prova admissíveis, o modo como se devem desenvolver, bem como a influência que devem ter sobre o convencimento do juiz.

O sistema da prova legal, típico do direito medieval, trazia enraizado em seu bojo um forte sentimento de superstição mística. O juiz nada avaliava. Apenas reconhecia a regularidade da realização das provas, de modo a garantir o acatamento do resultado respectivo – originado, segundo a crença geral, de decisão da própria vontade divina.

Conforme esclarece **Chiovenda**, no sistema da prova legal, o formalismo excessivo na avaliação da prova foi influenciado pela fragmentação do Estado e pela debilitação da idéia de jurisdição como função estatal exclusiva – pulverizada entre processos populares, régios, imperiais, feudais, eclesiásticos, comunais – de modo que o processo deixou de ser considerado como instituto público de especialização da lei, transformando-se apenas em uma contenda entre litigantes. Neste cenário, “*o juiz já não é mais considerado como o órgão público de uma função estatal, mas como*

<sup>24</sup>ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – *Do formalismo...*, cit., p. 156.

<sup>25</sup>CHIOVENDA, Giuseppe – *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 3a ed, trad. da 2a ed. Italiana por J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 128.

*o árbitro encarregado de dirimir essa contenda, com base nos resultados das provas.”*<sup>26</sup>

Outro fator relevante para a manutenção do sistema da prova legal foi a influência do método escolástico de raciocinar através de deduções de princípios preestabelecidos.

Buscava-se, com isso, limitar o exercício da função judicial em razão da idéia preconcebida da imperfeição do homem e de sua natureza corrupta, bem como da desconfiança relativa aos embates políticos e econômicos daqueles tempos.<sup>27</sup> Em outras palavras, justificava-se a prisão do arbítrio judicial em razão das condições culturais, econômicas e sociais da época, onde a codificação das desigualdades era preferível à decadência dos costumes judiciais.

Atualmente ainda podemos constatar resquícios deste formalismo, não de forma exacerbada, mas como complementação sistemática da valorização probatória, na tentativa de abreviar procedimentos e facilitar a função judicial. Sem dúvida, representam estes resquícios verdadeiros limites ao direito à prova da partes.

Cite-se, como exemplos, os arts. 302, 319, 334, IV, 434 e parágrafos, 359, 364, 366, 368; 370, 2ª parte, 373, 376, 378, 379, 401, 406 e parágrafos – todos do Código de Processo Civil.

## **b) Livre convencimento**

O sistema da prova legal cedeu lugar ao da livre investigação do órgão judicial na medida em que foram se alterando as condições econômicas e culturais da sociedade européia. **Carlos Alberto Alvaro de Oliveira** aponta o surgimento do iluminismo, a renovação do método científico (incentivador de uma cuidado-

<sup>26</sup>CHIOVENDA, Giuseppe – *Instituições...*, cit., p. 132.

<sup>27</sup>Cf. Troller, *Formalismo*, cit., § 5,1, p.34 – in ALVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., nota 68, p. 158.

sa observação dos fatos), a superação do sistema feudal, bem como a restauração da idéia de Estado, com a unificação da jurisdição na qualidade de atributo da soberania – como fatores determinantes à adoção do princípio da livre apreciação da prova nos ordenamentos processuais civis da Alemanha e da Áustria, respectivamente em 1879 e 1898. Caracterizava-se o novo sistema jurídico pela idéia fundamental da oralidade – com todas suas conseqüências: concentração, imediação, imutabilidade do juiz, livre apreciação da prova.<sup>28</sup>

O movimento das grandes codificações igualmente contribuiu para a superação do sistema da prova legal. A Revolução Francesa abriu espaço ao futuro *Code de Procédure Civile* de 1806, marcado pelos princípios da oralidade, da publicidade, da soberania do juiz e da agilidade das formas.

Neste novo contexto, a prova legal deixa de ser um “sistema” e passa a compreender apenas alguns meios de prova inseridos em dispositivos legais esparsos nos códigos, favorecendo o reforço do princípio geral do “*livre convencimento*”.

A reação contra este sistema veio na forma do justificado receio contra o arbítrio e o abuso judicial que, sem o estabelecimento de freios e contrapesos, não teria sua atuação controlada a não ser por sua própria consciência.

Modernamente, existem aqueles que vislumbram resquícios do sistema da livre convicção quando o juiz concede liminares no processo, via de regra nas tutelas de urgência (cautelares ou antecipações de tutela) – pelo simples fato de que, para tanto, não são obrigados a ouvir a parte contrária (no denominado *contraditório diferido*). No entanto, mesmo nestes casos, o julgador deve motivar as respectivas decisões, possibilitando, com isso, o devido controle por meio da lógica e dos critérios científicos estabelecidos.

---

<sup>28</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – Do formalismo..., cit., p.159.

### c) Persuasão racional

A evolução dos sistemas de valorização da prova chegou à necessidade de solução do problema de controle da livre apreciação da prova – ou, como refere **Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**, do conflito entre *“liberdade do órgão judicial e direito de cidadania processual, habitual na contraposição entre formalismo e informalismo”*.<sup>29</sup>

O sistema da persuasão racional da prova surge como uma etapa posterior à tese do livre convencimento e, embora admita a liberdade judicial na avaliação probatória, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas de experiência comum.

A distinção fundamental entre os dois sistemas reside no fato de que, na persuasão racional, o órgão judicial tem o *“dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos”*.<sup>30</sup>

Como bem ressalta **Ovídio Baptista**, a opção legislativa por um ou outro sistema está diretamente vinculado à maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juizes, bem como na credibilidade da instituição do Poder Judiciário.<sup>31</sup>

Esta circunstância igualmente foi percebida por **Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**, quando refere que, *“no fundo, a livre apreciação da prova encontra-se intimamente ligada à valorização do próprio juiz e de seu julgamento, o que conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, incapaz de ser resolvida em termos abstratos e*

<sup>29</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – *Do formalismo...*, cit., p. 161.

<sup>30</sup> SILVA, Ovídio Baptista da – *Curso de processo civil*. Vol. I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 287.

<sup>31</sup> SILVA, Ovídio Baptista da – *Curso...*, cit., p. 288.

*cuja solução só pode ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, social e econômicos*".<sup>32</sup>

O sistema da persuasão racional pressupõe a existência de julgadores bem preparados, altamente capazes e moralmente qualificados – devidamente integrados e conscientes de seu papel junto à sociedade.

Para que se faça justiça, não basta que se tenha o direito, que se saiba pedir o direito e que exista alguém disposto a dar o direito – é preciso que este alguém saiba o que está fazendo.

#### *A) Limites Subjetivos*

O processo, cada vez mais, afasta-se de sua concepção liberal, na qual era entendido como coisa das partes, e aproxima-se da noção mais atual, em que é visto como de natureza pública, representando verdadeira garantia de cidadania, devidamente protegido por disposições de natureza constitucional.

Nesta nova visão, o processo realiza-se sob forma de colaboração entre seus participantes, haja vista a finalidade complexa, que a todos interessa e atinge, constituída pelo escopo de alcançar a justiça, a atuação do direito objetivo e a pacificação social.

A colaboração de cada participante do processo, portanto, realiza-se de formas diferenciadas. Contudo, em todos os momentos, pode ser identificado o esforço comum de humanização, de democratização e de eficiência do processo.

No desempenho de suas atividades, as partes, através dos respectivos advogados; o Juiz de Direito e o Ministério Público (quando atua), influenciam – em maior ou menor medida – para que seja prolatada a sentença final. Nossa interpretação de tal fenômeno é a de que, com sua ação, os participantes do processo acabam restringindo a prova, seja na sua produção, seja no seu exame.

---

<sup>32</sup>ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – *Do formalismo...*, cit., p. 163-164.

### a) Poder criador do Juiz

Entre os deveres do juiz, está o de assumir meios probatórios, nos limites dos fatos alegados pelas partes. Ao avaliar o contexto probatório, contudo, o juiz invariavelmente ficará diante de um quadro de provas no qual poderão ser identificadas as seguintes situações:

- 1<sup>a</sup> existe prova – e esta se orienta, de forma inequívoca, em direção ao posicionamento de uma das partes;
- 2<sup>a</sup> existe prova – mas esta não tem orientação definida, inclinando-se ora num, ora noutro sentido; ou
- 3<sup>a</sup> não existe prova – ocasião em que deverá usar as regras de julgamento do ônus da prova, eis que vedado o *non liquet*.

Nas duas últimas hipóteses, o juiz, com sua ação, cria um caminho. Seja optando entre uma das duas linhas probatórias, seja aplicando as regras do ônus da prova, caso em que penalizará uma das partes por não ter provado o que lhe cabia.

A questão que deve ser resolvida é justamente sobre o critério da opção judicial. Como controlar o juiz para que suas decisões dentro do processo sejam jurídicas e não penas fruto do puro arbítrio ou da *onipotência judicial*?<sup>33</sup>

Na verdade, os limites subjetivos – e o poder criador do juiz em especial – estão para os limites sistemáticos como a espécie para o gênero. Estes, no entanto, encontram-se previstos no ordenamento jurídico, sendo estabelecidos de forma abstrata. Os limites subjetivos, por sua vez, situam-se na extremidade final do processo, sendo concretizados pela atuação efetiva de seus agentes.

<sup>33</sup> Expressão usada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ob. cit., p. 162.

Este enfoque, portanto, ganha relevância no momento em que se percebe que o juiz não exerce, propriamente, uma atividade criadora – até porque ele não pode ir além do material constante nos autos. No entanto, uma mesma questão pode levar a diversas decisões – todas jurídicas – dependendo do juiz que examina os autos.

**Kelsen**, no capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, conclui que a interpretação do direito divide-se em dois momentos: o primeiro, de natureza cognosciva, em que o aplicador determina as diversas hipóteses possíveis através das quais o direito se revela; o segundo, de natureza volitiva, em que o intérprete escolhe uma das possibilidades existentes na *moldura* do direito a aplicar, criando o direito para a espécie examinada (cria a norma individual).

O primeiro momento seria jurídico. O segundo estaria dentro da política jurídica e seria regido por normas metajurídicas como a moral, a justiça, os juízos de valor social. Assim como o legislador, por ato de vontade, cria a lei geral, o juiz, ao interpretá-la em face do caso concreto – também por ato volitivo – cria lei individual, por interpretação autêntica.

*“A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.”*<sup>34</sup>

A questão fica mais interessante quando se constata que o mesmo fenômeno ocorre no momento em que o juiz *interpreta* (talvez fosse melhor dizer *aprecia*) não o direito objetivo, mas o contexto probatório constante nos autos. Diante dos caminhos possíveis a serem seguidos, o juiz opta, escolhe, decide por um deles. Com isso ele cria a versão definitiva dos fatos, excluindo todas as demais.

---

<sup>34</sup> KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito*. 4a ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1976, p. 470.

O juiz não cria fatos. De igual forma, a decisão judicial não estabelece a verdade absoluta sobre a matéria discutida. Trata-se, apenas, da verdade possível – não só diante da atuação dos demais participantes do feito, mas também das próprias circunstâncias particulares do julgador, formada por seus valores, princípios e íntimas convicções.

O controle de tais decisões, por certo que é possível. Usualmente é realizado através das regras do bom senso, da lógica, das leis naturais, da experiência e da razoabilidade – sendo que o próprio art. 335 do CPC faz referência às “*regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial*”.

A prática demonstra, contudo, que às vezes isso é muito pouco.

### **b) Poder criador do Ministério Público**

O *Parquet*, nas causas em que intervém como fiscal da lei, sempre elabora um joeiramento prévio em relação ao contexto probatório, elaborando um projeto de sentença que, muitas vezes, ajuda o julgador na solução da causa. O parecer, a promoção final do Ministério Público representa, assim, uma certa limitação à prova produzida.

O Promotor de Justiça também não cria fatos. No entanto, elabora ele uma valorização prévia das vertentes probatórias, que pode ser decisiva para a elaboração, pelo juiz, da decisão final. Por certo, essa influência ainda depende de fatores anímicos, extraprocessuais – mas nem por isso menos importantes.

O promotor atua baseado em suas próprias convicções, inserido em maior ou menor grau em suas circunstâncias sociais. Seu posicionamento perante o contexto das provas igualmente será restritivo, excluindo algumas versões, enfatizando outras tantas. Sua verdade é igualmente parcial.

Importante ressaltar que o Promotor de Justiça goza de relativa liberdade probatória – tendo em vista a natureza pública dos direitos envolvidos. Assim, poderá ele juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências que considerar necessárias ao descobrimento da verdade.<sup>35</sup>

### c) Poder criador dos Advogados

Na defesa das partes, os advogados não inventam fatos, mas elaboram versões próprias que, de certa forma, representam restrições efetivas à matéria a ser provada durante o processo. De igual maneira, criam interpretações, ressaltam argumentos, estabelecem linhas de raciocínio que podem influenciar o julgador em seu veredicto final. Interferem, com isso, no juízo valorativo do conjunto probatório.

Além disso, em razão dos princípios do dispositivo (concernente à liberdade para influir na prova, durante o curso do processo) e da demanda (relativo à propositura da ação)<sup>36</sup>, são os advogados que realizam a filtragem inicial dos fatos a serem discutidos no processo – bem como das provas com as quais pretendem evidenciar a veracidade de seus argumentos. Essa limitação incide, sem dúvida, já na fase postulatória – sendo inclusive anterior ao juízo de admissibilidade feito pelo juiz da causa.

Sobre o princípio do dispositivo, digno de nota é o seguinte elogio feito por **Alois Trolller**:

<sup>35</sup> Art. 83, II, do CPP.

<sup>36</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, na obra *Poderes instrutórios do juiz*, esclarece que, na verdade, o princípio do dispositivo está diretamente vinculado à natureza do direito material alegado pelas partes. Se disponível, elas têm “ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude na natureza do direito material em questão.” (*Poderes instrutórios do juiz*, 2a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p.68

“Constitui um dos mais belos direitos do cidadão livre que, tendo-se tornado litigiosa a sua questão, não precise mendigar do juiz a sua graça, como o escravo se dedica ao seu senhor no castelo, mas perante ele se defenda, em oposição a seu adversário, e para isso possa constituir um advogado. – O juiz não deve estar aí como um administrador secreto, mas como o homem a quem cabe a honra de decidir sobre relações jurídicas tornadas litigiosas entre cidadãos livres.”<sup>37</sup>

## CONCLUSÃO

A admissão e a valoração das provas no processo obedece a um método bem determinado – *método probatório judiciário* – formado por um amplo conjunto de regras cuja função é garantir não apenas os direitos das partes, mas a própria legitimação da função jurisdicional.

Tais regras constituem, na verdade, um *catálogo de exceções* (conforme expressão de **Giovanni Verde**) que impõe limitações em dois momentos distintos: como *juízo de admissibilidade*, onde os parâmetros referem-se ao objeto da prova, aos meios probatórios, bem como aos procedimentos empregados nas operações referentes à colheita do material probatório. E como *juízo de valoração*, quando os participantes do processo influenciam o convencimento judicial, principalmente levando-se em conta o moderno *caráter de colaboração* do processo.

Não se pode dizer que exista uma relação de subordinação ou de dependência entre estes dois juízos, no entanto, existem autores que consideram as regras de exclusão como mais importantes que as de avaliação, haja vista que as primeiras são elaboradas para evitar o autoritarismo judicial e garantir a proteção

<sup>37</sup> Alois Troller – *Formalismus*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, § 5, 1, p. 37 – citado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, cit., nota 25, p. 142.

de direitos fundamentais – que prevaleceriam sobre a exigência de buscar a verdade absoluta ou material.<sup>38</sup>

O ideal seria que as partes tivessem total liberdade para produzir as provas que entendessem necessárias para demonstrar a veracidade de suas alegações. No mesmo diapasão, o juiz deveria dispor da mais ampla possibilidade de investigar os fatos trazidos pelas partes ao processo, buscando diminuir a distância entre a verdade material e aquela formalizada nos autos.

No entanto, não é isso que ocorre.

Apesar da notável força lógica do raciocínio de **Carnelutti** quando afirma que “*a verdade é como água: ou é pura ou não é verdade*”<sup>39</sup>, não podemos deixar de constatar que a correnteza do processo conduz a portos diversos, onde as verdades são relativizadas.

O juiz, através do processo, tem o dever de prestar justiça ao caso concreto que lhe é levado à apreciação. Para tanto, deve atuar o direito objetivo com base no material fático devidamente dimensionado.

Sua atividade, bem como a dos demais participantes/colaboradores do processo, deve ser permeada pelas garantias do contraditório, da imparcialidade, da oralidade – e da ampla defesa (entendida esta dentro dos limites antes examinados).

Tudo porque o processo deve ser célere. Pois somente desta forma atingirá sua última finalidade – a da pacificação social. Sem desprezar, no entanto, o requisito mínimo de certeza e de segurança jurídica, que se faz presente através da verossimilhança, da razoabilidade das convicções – da *verdade possível* a ser operada pelo julgador.

<sup>38</sup> VERDE, Giovanni – *Prova leale e formalismo*, in ob. cit., col. 473.

<sup>39</sup> Citado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, ob. cit., nota 36, p. 147.