



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
GRETHA LEITE MAIA**

MESTRADO EM DIREITO

**O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO
NOS NOVOS MODELOS PROCESSUAIS.**

**Fortaleza – Ce
2001**

GRETHA LEITE MAIA

**O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO
NOS NOVOS MODELOS PROCESSUAIS.**

Dissertação submetida à banca examinadora do Curso de Pós-graduação em Direito Público, com concentração em Ordem Constitucional, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Lima Guerra.

**Fortaleza-Ce
2001**

Esta dissertação foi submetida à Coordenação do Curso de Direito como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre outorgado pela Universidade

Federal do Ceará e que se encontra à disposição dos interessados na Biblioteca da referida Unidade.

A citação de qualquer trecho deste projeto é permitida, desde que seja de conformidade com as normas da ética científica.

GRETHA LEITE MAIA

Média Final

Professor Doutor Marcelo Lima Guerra
Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Data da Aprovação ____ / ____ / ____

Fortaleza
2001

DEDICATÓRIA

Dedico meus mais sinceros agradecimentos ao professor Marcelo Lima Guerra, pela indispensável orientação, pela lucidez dos ensinamentos e, acima de tudo, por acreditar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – CONCEITOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS.....	9
1.1. Jurisdição e ação.....	9
1.2. Modalidades da tutela jurisdicional.....	15
1.3. Processo e contraditório.....	16
1.4. Espécies de processo e modelos procedimentais.....	23
CAPÍTULO 2 - A APRECIÇÃO JURÍDICA DA SITUAÇÃO DE FATO.....	24
2.1. A proposição jurídica.....	24
2.2. Fixação formal dos fatos e verdade.....	27
2.3. Verdade formal e verdade material.....	32
2.4. Questão de fato e questão de direito.....	33
2.5. A certeza.....	35
2.6. Verossimilhança.....	40
2.7. Da cognição judicial.....	42
2.8. Modos de utilização da cognição como técnica processual.....	46
CAPÍTULO 3 – DA PROVA COMO UM PROBLEMA DO CONHECIMENTO.....	49
3.1. 1. Das formas de conhecimento: percepção, indução e dedução.....	49
3.2. 2. A lógica jurídica.....	54
3.3. 3. O raciocínio jurídico.....	57
CAPÍTULO 4 – CONCEITOS OPERACIONAIS DA TEORIA GERAL DA PROVA.....	63
4.1. Procedimento probatório.....	63
4.2. O significado legal da palavra prova.....	66
4.3. Prova legal.....	69
4.4. Objeto da prova.....	71
4.5. Sistema de apreciação das provas.....	75
4.6. Prova direta e indireta.....	77
4.7. Fontes ou meios de prova: distinção de Carnelutti.....	78
4.8. Provas em espécie.....	80
4.9. Presunção e indício.....	83
CAPÍTULO 5 – PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	89
5.1. Natureza pública da função jurisdicional e a solução de conflitos de interesse privado.....	89

5.2. Questão de fato e questão de direito.....	92
5.3. Poderes das partes e poderes do juiz.....	94
CAPÍTULO 6 – NOVOS MODELOS PROCEDIMENTAIS.....	101
6.1. Os novos modelos processuais.....	101
6.2. Formalismo no processo.....	103
6.3. Segurança versus celeridade.....	108
6.4. Cognição plena versus X Cognição sumária.....	111
6.5. Efetividade da tutela jurisdicional.....	115
6.6. Procedimento comum (ordinário) versus procedimento cautelar.....	118
6.7. A cognição do Procedimento monitório.....	120
6.8. Procedimento de cognição sumária e tutela antecipatória de urgência.....	126
6.9. A simplificação do procedimento probatório e a garantia do contraditório.....	132
CONCLUSÕES.....	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de pesquisa o acerto da questão de fato como um antecedente da prestação da tutela jurisdicional, através de um procedimento probatório. O tema das provas, ao longo desta investigação, revelou-se multidisciplinar: envolve a necessária análise de aspectos filosóficos, psicológicos, jurídicos, sociológicos e de inúmeras outras ciências, cada uma com seus diferentes métodos científicos e seus particulares princípios, o que tornou a pesquisa assaz instigante, embora também tenha revelado dificuldades de ordem operacional.

Para o melhor desenvolvimento do tema, o trabalho foi dividido em seis capítulos, partindo a investigação científica das categorias processuais fundamentais, quais sejam, a jurisdição, a ação e o processo.

O segundo capítulo traz uma análise da apreciação jurídica da situação de fato, imprescindível ao fenômeno da concretização do direito por parte do julgador, verificando a importância fundamental do procedimento probatório como o instrumento de alcance da “verdade” dos fatos. Justificamos essa incursão metodológica inicial por estarmos convictos de que é preciso limitar às respectivas fronteiras do Direito os conceitos meta jurídico de verdade, certeza, conhecimento, verossimilhança, dentre outros.

O terceiro capítulo traça principiantes linhas sobre tema das provas como um problema do conhecimento humano, abordando a lógica jurídica e o raciocínio jurídico como categorias específicas e, como tal, merecedoras de um tratamento doutrinário diferenciado.

À quarta parte reservou-se um estudo acerca dos conceitos operacionais fundamentais da Teoria Geral das Provas, premissa para

questionar os temas seguintes, relativos aos poderes instrutórios do julgador e fundamentar nossas conclusões a respeito do experimento probatório nas novas técnicas de prestação de tutela jurisdicional, enfrentando as alterações impostas pelo novo sistema processual civil.

O quinto capítulo investiga os limites dos poderes instrutórios do juiz, iniciando por uma contextualização acerca da problemática que gira em torno dos interesses envolvidos na atividade estatal de prestação da tutela jurisdicional, para em seguida nos posicionarmos no tocante às fronteiras de atuação do julgador.

O sexto e derradeiro capítulo, expõe noções dos chamados novos modelos processuais, verificando o conflito entre os valores da celeridade e da segurança na prestação da tutela jurisdicional e a efetividade de garantias constitucionais tais como o contraditório e a ampla defesa nos procedimentos simplificados, examinando a relação existente entre a cognição sumária, a tutela antecipatória de urgência, o procedimento monitório, e os conceitos inicialmente expostos nos capítulos que lhe antecedem.

CAPÍTULO 1

CONCEITOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

1.1. Jurisdição e ação

O estabelecimento de conceitos é imposição que se apresenta a quem pretende se fazer compreender. Os conceitos são os instrumentos de que se serve o jurista para se comunicar. Das lições de Carnelutti, *o compreender em si não se celebra na solidão, mas na comunicação e o conceito é o trâmite entre os interlocutores*¹.

Conforme lições do prof. Marcelo Lima Guerra, para bem se entender a dimensão processual do ordenamento jurídico, ter-se-á sempre de haver uma adequada compreensão dos conceitos de jurisdição, ação e processo, os três institutos básicos do direito processual civil². Cândido Rangel Dinamarco elenca jurisdição, ação, processo e defesa como institutos fundamentais em direito processual³. Entendemos que noção de defesa encontra-se no bojo do conceito mesmo de processo, porque aponta como consequência (eventual até, não absolutamente necessária) do contraditório, este sim essencial ao conceito de processo, como se verá⁴.

¹ Miguel Reali, no prefácio à 1ª edição de sua obra “Lições preliminares de Direito”, sentencia: *Na árvore do saber, os conceitos equivalem aos frutos maduros*, mas já nos alerta a compor o rigor dos conceitos com os valores da comunicabilidade.

² Marcelo Lima Guerra, em manuscrito inédito.

³ Cândido Rangel Dinamarco, *in Fundamentos do Processo Civil Brasileiro*, p.72 No mesmo norte, José Roberto Bedaque acrescenta o instituto da defesa como *indispensável ao correto entendimento da concessão de poderes instrutórios ao juiz*, *in Poderes Instrutórios do Juiz*, p.15.

⁴ Rodrigo da Cunha Lima Freire tece comentários acerca de tal postura, apontando o prof. Cândido Rangel Dinamarco como o autor do acréscimo do conceito de defesa à trilogia clássica ação-jurisdição-processo, e acrescenta: *a defesa deve ser estudada no contexto do processo, como manifestação do princípio da bilateralidade da audiência, também conhecido como princípio do contraditório. Não se pode localizá-la, portanto, ao lado de conceitos absolutamente interdefiníveis, como a jurisdição, a ação e o processo*, *in Condições da Ação – Enfoques sobre o interesse de agir*. P.26.

As duas forças que se concentram no processo são a jurisdição - poder do Estado, atividade pública - e a ação - direito subjetivo. A jurisdição, segundo entendimento generalizado da doutrina processual, é uma das manifestações do poder do Estado, posto que emana de sua soberania, sendo a atividade pública direta de aplicação de sanção, encontrando seus limites no campo onde o Estado atua esta soberania⁵.

Aparecendo na linguagem jurídica com distintos significados, Eduardo J. Couture afirma que o vocábulo jurisdição aparece com, pelo menos, quatro acepções: *como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia*⁶.

Victor Fairen Guillen discorre acerca das acepções da expressão jurisdição:

es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos que corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan y en los tratados internacionales,

bem como

*es un conjunto de órganos que ejercitan esta potestad - los tribunales, e es una función, de ejercicio de tal potestad*⁷.

Primando pela idéia de função, Enrico Tulio Liebman considera: *la giurisdizione è l'attività degli organi dello Stato diretta a formulare e rendere*

⁵ Para Ernani Fidélis dos Santos, jurisdição é o poder-dever do Estado de compor litígios, de dar efetivação ao que já se considera direito, devidamente acertado, e de prestar cautela aos processos em andamento ou a se instaurarem, para que não percam sua finalidade prática. Manual de Direito Processual Civil, p.08.

⁶ Eduardo J. Couture, in *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 27

⁷ Victor Fairen Guinllen, in *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoria y Ley Procesal Generales*, p. 101

*effettiva la regola giuridica concreta che, a norma del diritto vigente, deve disciplinare una determinata situazione giuridica*⁸.

Assim, tendo por norte a função, o escopo a que visa, a jurisdição pode ser dita como a função do Estado que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei mediante atuação substitutiva, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, no afirmar da existência da vontade da lei, no torná-la praticamente efetiva⁹. Por poder de julgar entendemos a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, visando a eliminação de conflito do seio social. Adotamos o conceito de sanção como o meio de reintegração do direito positivo, resultado da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado.¹⁰

Marcelo Lima Guerra adota o conceito de jurisdição como a função do Estado destinada a assegurar a efetividade do ordenamento jurídico¹¹. Note-se que a jurisdição não persegue fins próprios, não gere interesses, o que distingue radicalmente da administração pública, sendo exercida por juízes independentes desvinculados de qualquer dependência hierárquica. O mencionado jurista já aponta, em seu conceito, uma das mais significativas posturas do direito processual contemporâneo, qual seja, a preocupação com a efetividade do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, com a efetividade do próprio processo, instrumento de tutela de direitos.

⁸ Enrico Tulio Liebman, *in Corso di Diritti Processuale Civile; nozioni introduttive-parte generale, il processo di cognizione*, p. 13.

⁹ Rogério Lauria Tucci, *in Jurisdição Penal*, RePro n. 27, p. 70

¹⁰ Segundo Arruda Alvim, sanção, no plano do processo, é a conseqüência que incide, tal como expressamente prevista pelo direito, e é aplicável uma vez ocorrida infração ao mandamento contido na norma, desde que a sua aplicação seja reclamada ao juiz, pelo titular do direito lesado. Conclui afirmando que a sanção funciona como um dos elementos, mediante o qual se consegue, o quanto possível, reparar a violação do ordenamento jurídico, *in Tratado de Direito Processual Civil*, p.51/52.

¹¹ Marcelo Lima Guerra, em manuscrito inédito.

Ação, por sua vez, é o poder de agir na busca de uma concreta vontade sancionadora da ordem jurídica que garanta um interesse privado, que a vontade privada não tem condições de tutelar por si. Eduardo J. Couture a define como um poder jurídico processual¹², poder jurídico este que tem todo sujeito de direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais, para reclamar deles a satisfação de uma pretensão. Embora ressalte que a evolução conceitual da ação não se pode dizer encerrada, José Eduardo Carreira Alvim adota o conceito de ação como sendo o direito subjetivo público à tutela jurisdicional do Estado, em face de uma lide¹³.

O conceito de ação por muito tempo amalgamou-se ao conceito do direito subjetivo material a que visava tutelar¹⁴, seguida pela criticada teoria civilista da ação¹⁵. Superada esta concepção, surgiram diversas doutrinas que, já apoiadas na autonomia do direito de ação, conceituaram-na de forma a bipartir as teorias em teorias concretas e teorias abstratas do direito de ação¹⁶.

Dentre os defensores da teoria concreta, Adolf Wach identificou o direito de ação em relação ao direito material, ressaltando sua natureza pública, posto que dirigido ao Estado¹⁷. Dentre os processualistas italianos, conforme o prof. Marcelo Lima Guerra¹⁸, Chiovenda pontuou a teoria concreta do direito de ação, distinguindo-o do direito material, embora de existência condicionada

¹² Eduardo J. Couture, in *Fundamentos do Direito Processual Civil*, pp. 53 e ss

¹³ José Eduardo Carreira Alvim, in *Elementos de Teoria Geral do Processo*, p. 205.

¹⁴ Havia um absoluto sincretismo entre os institutos que hoje nós distinguimos a atribuímos a ramos diferentes do direito, especialmente o direito subjetivo material e a ação. A ação representava o direito de ser amparado pelo processo e o próprio direito à tutela que o processo oferecia. Num sistema assim, não havia sequer razão para se cogitar do direito processual como ramo e muito menos como ciência autônoma. Tudo se passava nos quadros do direito privado.

¹⁵ A visão civilista da ação, como propriedade inerente ao direito subjetivo material, ou a ela imanente, observa que todos podem agir em juízo, inclusive os que não tem razão, ressalvada depois a sua inevitável derrota e condenação a pagar as despesas do processo e dos danos.

¹⁶ Ernani Fidélis dos Santos cita que Windscheid via na ação o direito de a parte reclamar contra o adversário perante a Justiça. Muther em troca sustentava que a ação era direito público subjetivo, dirigido contra o Estado, para que este lhe reconhecesse o direito, obrigando o adversário a cumprir o que fosse devido, in *Manual de Direito Processual Civil*, p.43. Também Cândido Rangel Dinamarco traça preciosas linhas acerca do desenvolvimento do direito de ação, comentando a polêmica travada entre Windscheid X Muther, in *Fundamentos de Direito Processual Civil Brasileiro*, p.52 e ss.

¹⁷ Cândido Rangel Dinamarco cita a edição, na Alemanha, do livro que haveria de instaurar verdadeira revolução no direito processual (*Die lehre von den processeinrende und die processvoraussetzungen* – Teoria das exceções e pressupostos processuais) de Oskar Von Bülow e continua: *afastando do mero procedimentalismo sem diretrizes e certamente com os sentidos alertados pelas novas verdades agitadas na polêmica que Windscheid X Muther travaram na década antecedente, pôde Von Bülow inaugurar o estudo científico do processo*. Op. cit., p.52

a esta último, sintetizada na noção de que para cada direito há uma ação que o assegura. As teorias concretas do direito de ação têm-se por insuficientes na medida em que não explicam os casos em que a ação é julgada improcedente, ou mesmo diante da previsão legal da impossibilidade de desistência da ação sem o consentimento do réu.

As teorias abstratas do direito de ação ganham destaque na ciência processual moderna. Para Eduardo Couture, *la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*, complementando que tal poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad¹⁹.

Enrico Tulio Liebman estruturou, por sua vez, uma teoria distinta das demais concepções abstratas da ação, em virtude das muitas peculiaridades adotadas. O que distingue a teoria é o fato de que Liebman expõe o problema da natureza da ação segundo uma ótica própria da teoria do processo, única adequada para um tratamento completo e satisfatório dos fenômenos processuais²⁰. Partindo do princípio de que as normas processuais regulam a atividade dos órgãos jurisdicionais destinadas a declarar e/ou atuar a disciplina concreta das relações de direito material (estas, objetos das normas de direito material), o direito de ação é necessariamente seu pressuposto indispensável, uma vez que o direito processual condiciona o exercício mesmo da atividade do órgão jurisdicional - função jurisdicional do Estado - ao exercício do direito de agir.

Assim, a ação é o direito de obter uma providência jurisdicional através da qual se desempenhe a função jurisdicional, ou seja, uma providência que, apreciando o pedido formulado pelo autor, quer o acolha quer o rejeite,

¹⁸ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito.

¹⁹ Eduardo J. Couture. Op. cit. p.57.

²⁰ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito.

formule, ao final, uma norma concreta disciplinadora da situação das partes. O que quer dizer que o direito de ação é o direito a uma sentença de mérito. Por isso, como nos chama atenção Marcelo Guerra, a própria existência do direito de ação condiciona-se, no contexto da doutrina de Liebman, ao atendimento de determinados requisitos, denominados condições da ação: *legitimidade ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Estas condições unem o direito de ação ao direito material, na medida em que se referem a uma afirmação de uma situação de fato pelas partes, conferindo assim às condições da ação a característica da hipoteticidade.

Do mesmo modo encontramos nas lições de José Roberto Bedaque que *a ação deve ser vista pelo estudioso do direito processual como um instrumento de atuação do ordenamento jurídico. Assim a ação existe quando aquele que alega o direito, faz com que a jurisdição alcance sua finalidade*²¹.

Acrescente-se que, meio para atuar o ordenamento jurídico (interesse público) e meio de propiciar ao cidadão a tutela jurisdicional de seu interesse privado, a ação é sempre única, só diferindo no seu exercício prático. Assim por ação executiva entende-se o exercício de ação em via executiva; o título executivo é condição para o exercício de ação em via executiva, etc. A unicidade da ação não se opõe a pluralidade da forma de exercício prático do poder de agir.

Ressalte-se por fim que a inafastabilidade do controle jurisdicional firmado constitucionalmente ao art. 5º, XXXV, tem como corolário a garantia de tutela adequada a todas as situações de conflitos de interesse postulado do Estado Democrático de Direito. O próprio direito de ação, neste norte, desponta como direito público subjetivo à tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, pelo que se passa a compreender a ação como um

²¹ José Roberto dos Santos Bedaque. Op. cit., p. 39

dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal²². O jurista italiano Proto Pisani nos fala da constitucionalização do direito de ação, com o significado de que qualquer um que se afirme titular de um direito, reconhecido como tal pelo ordenamento, pode agir em juízo buscando tutela sem a necessidade de especificar norma que lhe atribua o poder de agir.²³

1.2. Modalidades da tutela jurisdicional²⁴

A tutela jurisdicional dos direitos subjetivos assume, segundo a necessidade da tutela, diferentes modalidades²⁵. A sentença declara sempre um estado jurídico, visando a dar proteção jurisdicional a um direito subjetivo. Especificamente, o titular do direito subjetivo a ser tutelado pode necessitar de uma declaração judicial de certeza para ter seu interesse satisfeito. Tal modalidade de tutela jurisdicional denomina-se tutela declaratória. Por outro lado, se a tutela do direito subjetivo necessária está voltada à realização concreta de uma prestação, então *a tutela jurisdicional do direito subjetivo consistirá em proporcionar ao seu titular um resultado prático equivalente, ou o mais equivalente possível, à realização espontânea da prestação devida*²⁶. Esta modalidade de tutela jurisdicional é a tutela executiva.

²² Willis Santiago Guerra ensina que a concepção do direito de ação como direito fundamental (direito que goza o sujeito perante o Estado) decorre do fato de que dele derivam outras situações objetivas básicas: o poder de ação e o direito de petição, o direito de recorrer, etc, *in Teoria Processual da Constituição*, p. 42 e ss

²³ Proto Pisani, *in* Revista de Processo 90, p.22.

²⁴ Em artigo publicado na RePro nº 100, Arruda Alvim ensina que deve-se ainda acrescentar às modalidades de tutela, a tutela mandamental, em que se objetiva obter, via ação mandamental, uma ordem do juiz, relativamente a uma autoridade ou, cada vez mais, generalizadamente, ao réu do processo, cujos benefícios práticos devem resultar em favor do autor, mas, em que, possivelmente o fundamento da ordem ou daquilo que a acompanha (coerção=multa) existem em nome da própria respeitabilidade com que se devem encarar as decisões judiciais.p.72/73.

²⁵ José de Albuquerque Rocha nos ensina que a doutrina conhece vários critérios de classificação das ações. Todavia, continua o professor cearense, no direito processual civil moderno prevalece o critério da classificação que se funda na espécie de provimento requerido pelo autor ao juiz, e arremata explicitando que se trata de um critério funcional, porque fundado num papel desempenhado pela ação, *in Teoria Geral do Processo*, p.205.

²⁶ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito.

A modalidade denominada tutela cautelar é aquela onde se tem assegurada a prestação efetiva e útil de uma outra tutela, quer declaratória, quer executiva, frente aos males do fluir do tempo²⁷.

A tutela declaratória desdobra-se em três sub-modalidades: as meramente declaratórias, as constitutivas e as condenatórias. A tutela dita meramente declaratória tem por objetivo a pura declaração da existência ou inexistência de um direito. A tutela constitutiva, declarando, constitui, cria uma nova relação jurídica entre as partes, enquanto que a tutela condenatória impõe um mandamento, uma ordem de praticar ou abster-se de praticar determinados atos²⁸.

1.3. Processo e contraditório

Completando a trilogia conceitual fundamental do direito processual, temos o processo. Ação e jurisdição concentram-se no processo²⁹, este último sendo a expressão dinâmica do poder jurisdicional, o modo como ele se exerce. Aplicando-se o que foi estabelecido nos itens anteriores, temos o processo como o instrumento de que se valem os litigantes para, exercitando seu poder de agir, aplicar uma sanção, restaurando o direito violado e conferindo efetividade ao ordenamento jurídico através de uma atividade pública, que é a jurisdição.

²⁷ Devemos mencionar o posicionamento do prof. Arruda Alvim: processualmente, classificou-se as ações pelos efeitos objetivados: *assim temos as ações de conhecimento ou declaratórias lato sensu, que habilitam o juiz a conhecer e declarar, em sentido lato, o direito, afora outras conseqüências específicas do tipo de ação usado pelo autor; as executivas, que objetivam a satisfação do direito declarado no processo de conhecimento, onde foi obtida sentença condenatória (v. art.584) ou então que se baseiam em títulos executivos extrajudiciais (nota promissória, cheque etc – v. art. 585) e as cautelares (v. todo o Livro III do Código), que tem por escopo proteger (acautelar) uma pretensão, com aparência de direito (fumus bonis juris), para futura execução (ou a própria, eventual e futura proteção da eficácia da sentença declaratória ou constitutiva), a qual poderá ser elidida pela demora na formação do título executivo extra judicial ou da própria execução in Manual de Direito Processual Civil.p.32/33. Também Ovídio Batista leciona que, definida a demanda como pedido formal de natureza jurisdicional que a parte formula perante o Estado, não há como se possa excluir a existência de uma demanda de execução e de uma demanda cautelar nestes tipos de atividade jurisdicional in Curso de Processo Civil, vol.I, p.158*

²⁸ Arruda Avim explica que graças a revisão dos princípios do processo, a classificação autenticamente processual, com base nos efeitos específicos que as ações produzem, quanto ao processo de conhecimento, é a seguinte: a) ações declaratória, ou de mera declaração, que podem ser positivas ou negativas; b) ações constitutivas e c) ações condenatórias. *Manual...*

²⁹ Desse encontro, resulta o processo como *una struttura nella quale si svolgono, nell'ordinamento statuale, numerose attività di diritto pubblico, ed alcuna attività di diritto privato.* Elio Fazzalari, in *Istituzioni di diritto processuale*, p.03.

Conforme lições de Cândido Rangel Dinamarco, até meados do século XIX, o processo era identificado como procedimento, definido como *sequência de atos, numa visão puramente fenomenológica de um longo período metodológico acientífico*³⁰. Posteriormente, a idéia de procedimento foi banida do conceito de processo e a doutrina brasileira proclamava uma sutil e incompreensível distinção entre processo e procedimento³¹, como se fossem dois entes distintos³². Abandonamos esta distinção e adotamos o conceito de processo de Elio Fazzalari, ou seja, processo como procedimento realizado em contraditório.³³

Examinaremos, de logo, a teoria que define o processo como relação jurídica, aceita ainda hoje nos mais diversos ordenamentos jurídicos, teoria, segundo Marcelo Lima Guerra, que melhor define o processo, *uma vez que, ao invés de reduzi-lo a uma das categorias já existentes, identifica a diversa e específica categoria jurídica da qual ele é um exemplo*³⁴. O autor da teoria do processo como relação jurídica foi Oskar Bülow que, através de exame a textos romanos, apontou a transformação que a relação jurídica material experimenta ao passar a ser discutida em um processo. Assim, teríamos dois planos distintos: a relação jurídica de direito material e a relação jurídica de direito processual³⁵. Criticada marcadamente por James Goldschmidt, a teoria de Bülow erra em aplicar, no âmbito do direito processual, categorias de direito material, pois, conforme Marcelo Lima Guerra, para Goldschmidt a

³⁰ Cândido Rangel Dinamarco, in *Execução Civil*, p. 113

³¹ Cândido Rangel Dinamarco, op. cit. p. 113

³² José Eduardo Carreira Alvim, op. cit, p. 203

³³ Conforme lições de Fazzalari, *se, in prima approssimazione, indichiamo come ´ provvedimento` gli atti con cui gli organi dello Stato (gli organi che legiferano, quelli che governano in senso lato, quelli che rendono giustizia, e così via) emanano, ciascuno nell`ambito della propria competenza, disposizioni imperative, e come ´ procedimento` la sequenza di attività che precede il provvedimento, lo prepara, e si conclude con esso; se accogliamo queste prime, sommarie nozioni, siamo in grado di constatare che, di norma, il provvedimento di un organo dello stato costituisce, appunto, la conclusione di un procedimento, l`atto finale del medesimo; nel senso che la legge non riconosce al provvedimento validità e/o efficacia, se esso non è, fra l`altro, preceduto dalla serie de attività preparatorie stabilite dalla legge. Se, poi, al procedimento di formazione del provvedimento, alle attività preparatorie attraverso le quali si verificano i presupposti del provvedimento stesso, sono chiamati a partecipare, in una o più fasi, anche gli interessati, in contraddittorio, gl`interessati, cioè, i destinatari effettivi di tale atto.p.6*

³⁴ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito do autor.

³⁵ Segundo Victor Fairen Guillen, tal doutrina detém o enorme mérito de criar o direito processual como matéria autônoma, acrescentando que *de alla derivaron las doctrinas modernas sobre la accion, de las relaciones entre derecho material y procesal y de los poderes y facultades del Estado (juez) en el proceso frente a las partes, así como las obligaciones de unos y de otros, in Doctrina General del Derecho Procesal, p.42*

categoria de relação jurídica pertence a outro plano, totalmente distinto daquele onde se situa o processo: este se situa no plano da dinâmica da ordem jurídica, enquanto a relação jurídica situa-se no plano da estática³⁶. Correntes doutrinárias adotaram variantes acerca da natureza pública ou privada de tal relação, para afinal situá-la como uma relação pública, complexa e triangular.

Temos que todo poder se exerce mediante um *proceder*, caracterizando-se este como sendo processo desde que seja feito em contraditório; é o módulo processual de Fazzalari, citado por Cândido Rangel Dinamarco, integrado por contraditório e procedimento³⁷, de modo que processo, como já afirmado, seria todo procedimento feito em contraditório.³⁸

Estudos publicistas, especificamente na área do direito administrativo, reconheceram o procedimento como uma categoria jurídica autônoma da Teoria Geral do Direito, deixando de confundir-se com ato jurídico ou relação jurídica. Assim, procedimento é definido *como uma seqüência de atos, disciplinados por norma igualmente sequenciais, à qual está subordinada a emissão de uma providência, ato final desta seqüência*³⁹. Note-se que o conceito de procedimento o toma como categoria jurídica específica, qual seja, a de seqüência de atos preparatória de um provimento: o processo, especificamente, é destinado a preparar um provimento jurisdicional.

O procedimento se presta e é ao mesmo tempo condição necessária a legitimar o resultado do exercício do poder, procedimento entendido como sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do

³⁶ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito.

³⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *in Execução Civil*, p. 113

³⁸ Willis Guerra Filho acrescenta, também citando o jurista penisular: *o processo nada mais é que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório, isto é, no qual necessariamente deve buscar-se a participação daqueles cuja esfera jurídica pode ser atingida pelo ato final deste procedimento.* *in Teoria Processual da Constituição*, p.42

³⁹ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito.

exercício do poder, no caso da jurisdição sendo a sentença de mérito, no processo cognitivo, e a entrega do bem no processo de execução⁴⁰. O processo regular é fator legitimante do exercício do poder jurisdicional na aplicação de sanções. Como processo é todo procedimento realizado em contraditório e instrumento para a realização da sanção, através do exercício, pela partes, do direito de ação constitucionalmente garantido, esse poder deve ser exercido com a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo: em contraditório, portanto.

Outro aspecto que caracteriza o processo é o seu acontecer num determinado espaço de tempo. Todo processo envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado. Nos ensina o prof. Ovídio Baptista que *a idéia de processo afasta a idéia de instantaneidade da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a legitimar sua própria legitimidade*⁴¹. Enquanto se desenvolve no tempo, o processo atenta ao conceito de sucessão. Os atos não só vem uns atrás dos outros como estão ligados por um nexos causal: a demanda provoca a instrução que provoca a decisão. Movimenta-se o processo, quer por impulso oficial quer por impulso da parte, sendo o impulso de iniciá-lo sempre atividade da parte⁴².

A noção do processo como entidade complexa que se desenhcou acima conduz a que o vejamos imbuído de toda uma técnica, um complexo de conhecimentos que precedem uma atividade, indispensável para a participação dos sujeitos em conflito; a participação em si mesma é o

⁴⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *in A instrumentalidade do processo*.

⁴¹ Ovídio A. Baptista da Silva, *in Curso de Processo Civil*, volume I, p. 09.

⁴² Em obra intitulada "Da antecipação de tutela no processo civil", Athos Gusmão Carneiro tece as seguintes considerações: *no plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob o influxo de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazo para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matéria de fato (excepcionalmente também em Direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados).*p.01

contraditório. O contraditório confere identidade ao processo, conferindo-lhe *uma estrutura dialética, sendo a diferença específica que permite identificar o processo como uma species do genus “procedimento”*⁴³. Os dois pólos desta garantia são a informação (necessária) e a participação (eventual), ou seja, a garantia da possibilidade de reação.

De acordo com a doutrina professada por Willis Guerra Filho, o ordenamento comporta em si regras e princípios. Para aplicar as regras, continua, *é preciso haver um procedimento, para que se comprove a ocorrência dos fatos sobre os quais elas deverão incidir. Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão de lapso temporal, para que se considerem aspectos e considerações possíveis. Dentre os procedimentos regulados pelo direito, podem-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de processo.*⁴⁴

Segundo o prof. Nelson Nery Jr., *por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis*⁴⁵. Não haveria sentido em garantir a informação senão para que se possibilitasse a reação. A lei processual traça o modelo dos atos do processo, associação de procedimento e contraditório, traçando sua seqüência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: é o devido processo legal, uma estrutura que respeite as faculdades e poderes processuais que a Constituição e a lei impõe ao juiz que comanda o processo.

⁴³ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito.

⁴⁴ Willis Santiago Guerra Filho. Op. cit., pp.19/20.

⁴⁵ Nelson Nery Jr., in *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pp. 122,123.

O que legitima o ato final imperativo a ser pronunciado pela autoridade estatal, ou seja, o provimento (sentença, no processo cognitivo ou ato satisfativo, na tutela executória) é, portanto, o procedimento realizado segundo os ditames do direito e com observância do devido processo legal⁴⁶. Cada um dos futuros destinatários do provimento será admitido a participar e usar dos meios jurídicos de que disponha para encaminhar a preparação do provimento e seu encaminhamento segundo seus interesses (procedimento em contraditório). Essa participação constitui a essência do contraditório e este é essencial ao processo mesmo. Essa as noções sedimentadas na doutrina processual brasileira.

O critério, entretanto, para a conceituação de um procedimento como processo não é somente e exatamente a presença do contraditório, mas o preparo de um provimento estatal, seja ele jurisdicional ou administrativo (daí termos o processo jurisdicional e o processo administrativo). O princípio em comento é meio, instrumento que favorece o acatamento e a aceitação do decidido. A exigência do contraditório constitui-se consequência política do fato de que processos jurisdicionais têm por fim a preparação de algum provimento: provimento é ato de poder, imperativo por natureza e destinação, donde a necessária legitimação mediante o procedimento participativo, ou em contraditório. Não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito a imposição de provimentos estatais, isto é, provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório (processo adequado), onde se garanta a possibilidade de influir, de participar da formação do conteúdo de resultado final do processo. Onde o exercício do poder não conduz a decisões que sob

⁴⁶ Quando estuda o tema, José de Albuquerque Rocha relaciona o due process of law aos direitos fundamentais: *para que o socorro jurisdicional seja efetivo, é preciso que o órgão jurisdicional observe um processo que assegure o respeito aos direitos fundamentais, o devido processo legal, in Teoria Geral do Processo, p.52.* Kazuo Watanabe leciona que *o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado do princípio do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito do devido processo legal assegurado na Constituição Federal: devido processo legal é em síntese processo com procedimento adequado à realização plena de todos os valores e princípios, in Da cognição judicial no Processo Civil p.93/94*

a forma de provimento interfiram na esfera jurídica das pessoas, a ordem social e política toleram os procedimentos sem contraditório. Exemplo disto é o inquérito policial, em que contraditório não há (daí ser ele mero procedimento sem ser processo), justamente porque não se endereça a provimento algum; o inquérito termina com o relatório da autoridade policial, que servirá somente de opinião para o órgão acusador.

Finalmente, acrescentamos a importância de identificar no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo – judicial ou administrativo – como também um princípio de organização de um instrumento de atuação do estado, ou seja, um princípio de organização do Estado. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, como nos chama atenção Willis Guerra Filho⁴⁷.

1.4. Espécie de processo e módulos procedimentais

Para cada modalidade de tutela jurisdicional a ser prestada deve haver um processo específico. Assim, o ordenamento jurídico, priorizando sua efetividade, disciplinou o processo de conhecimento para a prestação de tutela declaratória, o processo de execução para a tutela executiva e o processo cautelar para tutela cautelar⁴⁸.

A necessidade de atualizar e melhorar a prestação da tutela jurisdicional culminou na construção de *modelos híbridos de processo, assim adjetivados porque ali se prestam duas modalidades diversas de tutela jurisdicional*⁴⁹. Podemos oferecer como exemplo o Mandado de Segurança cuja previsão de

⁴⁷ Sobre o tema, vide do autor *Teoria Processual da Constituição*, Celso Bastos Editor.

⁴⁸ Conforme lições do prof. José de Albuquerque Rocha, *o critério de classificação dos processos é o mesmo adotado para classificar ações. Estas são classificadas tendo em vista o tipo de provimento jurisdicional a que visa a ação. O processo também é classificado tendo em vista o tipo de provimento jurisdicional a que é destinada a atividade processual. Trata-se, pois, de critério funcional, assim chamado por tomar como critério classificatório a função essencial desenvolvida pela ação e o processo no sistema. E conclui: tendo em vista o tipo de provimento jurisdicional a que é dirigido o processo, este pode ser: a) de conhecimento; b) de execução e c) cautelar. P.222*

⁴⁹ Marcelo Lima Guerra. Manuscrito inédito.

liminar cautelar está no disciplinamento do próprio processo cujo resultado útil se pretende assegurar⁵⁰.

Note-se que tais construções refletem uma impaciência do legislador frente à morosidade do aparelho judiciário, contrastante com a pressão da necessidade social, reagindo contra o modelo básico de prestação de tutela jurisdicional, qual fora o procedimento ordinário (“padrão”), que se pretende sirva ao maior número de demandas. A generalização do procedimento ordinário pretendeu, por muito tempo, ser a maior e mais ampla possível, excepcionando apenas aqueles casos que, quer pela natureza do direito (p. ex. ação de alimentos) quer pelos titulares destes direitos (p. ex. Fazenda Pública), ou seja, pela presença de motivos determinantes tivessem procedimentos diferenciados.

CAPÍTULO 2

A APRECIÇÃO JURÍDICA DA SITUAÇÃO DE FATO

O segundo capítulo introduz categorias jurídicas que se situam no âmbito da Teoria Geral do Direito, trazendo uma análise da apreciação jurídica da situação de fato, imprescindível ao fenômeno da concretização do direito por parte do julgador. Justificamos, como já fizemos adrede, essa incursão metodológica por estarmos convictos de que é preciso limitar às respectivas fronteiras do Direito os conceitos meta jurídico de verdade, certeza, conhecimento, verossimilhança, dentre outros.

2.1.A proposição jurídica

Uma proposição é uma estrutura lingüística. A proposição jurídica é então a forma de expressão lingüística de uma norma jurídica⁵¹. A regra de

⁵⁰ Convém salientar, conforme lições de Arruda Alvim, ao discorrer acerca do sistema clássico processual, que a estrutura do sistema brasileiro modelou o seu processo civil em três seguimentos estanques, cada um deles com funções próprias, e sem que houvesse a possibilidade de que uma função fosse realizada fora do

direito é, ademais, uma proposição jurídica pelo seu sentido normativo, isto é, vinculante de um comportamento⁵². As proposições jurídicas, expressas em forma de linguagem, para cumprir sua função, têm de ser aplicadas. Quando tal acontece, temos o ingresso de uma consequência jurídica, que se situa sempre no âmbito normativo, e faz surgir uma vinculação entre os sujeitos de direito.⁵³

Karl Larenz adota um esquema lógico de aplicação da norma, através do denominado silogismo de determinação da consequência jurídica. Assim seria a proposição jurídica completa, segundo o seu sentido lógico: sempre que a previsão P está realizada numa situação de fato concreta S, vale para S a consequência jurídica C. A previsão P, conformada em termos gerais, realiza-se numa determinada situação de fato quando S, do ponto de vista lógico, é um caso de P. Tem-se então: dado P deve ser C (proposição jurídica completa) como premissa maior; S *igual* a P (subordinação de uma consequência de fato concreta S à previsão da proposição jurídica P) como premissa menor; donde S deve ser C, ou seja, para esta situação de fato S

seguimento a ela destinado: conhecimento, execução e cautelar. RePro, p. 53. Esse sistema clássico encontra-se em franca falência, objeto de modificações em nossos dias.

⁵¹ Dizemos que a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógica complementar das proposições que nela se contêm. Miguel Reali, in *Lições Preliminares de Direito*, p.95. Maria Rita Ferragut assevera: *norma jurídica é a significação organizada numa estrutura lógica hipotética-condicional (juízo implicacional), construída pelo intérprete a partir do direito positivo, seu suporte físico, e dotada de bilateralidade e coercitividade. Tem por objeto a regulação de condutas intersubjetivas, in Presunções no Direito Tributário*, p.19.

⁵² Miguel Reali ensina que o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória, in *Lições...*, p.95

⁵³ Para Larenz, a ligação de um evento fático, tal como está descrito na previsão normativa, a uma consequência jurídica que se situa no âmbito do juridicamente vigente e que por isso entra em vigor com a realização do pressuposto de fato, é o que é específico da proposição jurídica enquanto forma de expressão lingüística de uma norma. Op cit.,p.300. A prestigiada doutrina tridimensional do Direito, de Miguel Reali, fundamenta-se, *grosso modo*, na afirmação de que o fenômeno jurídico compreende – sempre- um fato subjacente, um valor (que confere significação a este fato), e uma regra ou norma, que representa a medida que integra fato e valor. Tais elementos coexistem numa unidade concreta, se exigindo reciprocamente, *de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram*, in *Lições...*, p.65. Entre os processualista, temos as lições de Luiz Rodrigues Wambier: *a norma jurídica é produto da mente criativa o homem, destinada a reger seu comportamento. Enquanto a norma é apenas um comando abstrato, que só atua quando um fato da vida se mostra adequado à sua incidência. Daí se dizer que o Direito se origina dos fatos, pois a norma jurídica isolada não pode ser invocada para atuação, o que apenas ocorre quando há uma situação concreta a ser por ela regulada. A norma jurídica abstratamente considerada não passa de palavras escritas, inertes, enquanto incoerrem fatos da convivência humana, suscetíveis de fazerem-na “criar vida”, tornar-se real, atuando e fazendo-se sentir na existência das pessoas. De nada adiantaria a formulação das normas jurídicas que fossem inaplicáveis porque nenhum fato humano as pudesse provocar*, in *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 478.

vale a consequência jurídica C mencionada na proposição jurídica completa. A problemática do procedimento silogístico reside exatamente na concreta constituição da premissa menor, que é também um *silogismo de subsunção*: um silogismo que ocorre de modo a que os conceitos de menor extensão se subordinem ao de maior extensão, se subsumam a estes. Note-se que fatos não se subsumem: subsumem-se enunciados sobre uma situação de fato.⁵⁴

Para Miguel Reali a concreta juridicidade só se realiza através da conjunção ou complementariedade das duas proposições hipotéticas que se conjugam a se complementam, integrando uma só, qual seja: *se P deve ser C; se Não-C deve ser S*.⁵⁵

Examinando a problemática em torno da determinação da consequência jurídica, surge a tensão existente no momento antecedente à aplicação da lei: o acertamento da situação de fato, que necessariamente precede o momento de aplicação da lei. O ponto central da determinação da consequência jurídica está no processo de julgamento da situação de fato enunciada, para uma coordenação da situação de fato à previsão de uma norma jurídica.⁵⁶ O empenho deste trabalho é no sentido de examinar o fenômeno da conformação e da apreciação jurídica da situação de fato.⁵⁷

Já sabemos que as proposições jurídicas devem ser aplicadas a eventos fáticos, a uma situação que, enunciada e averiguada, verificou-se deveras. O juiz parte de uma situação de fato bruta, de um relato, donde se

⁵⁴ Karl Larenz. Op cit.,, p.326 e ss.

⁵⁵ Tal é o seu modelo normativo que evidentemente não pode deixar de ter uma estrutura tridimensional. Quando afirma Miguel Reali que o Direito se atualiza como fato, valor e norma, toma o professor estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência fática, axiológica e lógica que marcam o *processus* da experiência jurídica, o terceiro momento representando a composição superadora dos outros dois, nele e por ele absorvidos e integrados, *in Lições...*, p.103/104. Sobre o tema, vide também as lições trazidas por Maria Rita Ferragut, *in Presunções no Direito Tributário*, p. 27 e ss.

⁵⁶ Ressalte-se que, embora utilize o termo subsunção, para Larenz não é de todo correta a utilização do termo citado, preferindo a idéia de coordenação da situação de fato à previsão de uma norma jurídica, *in Metodologia...* p.329

⁵⁷ *Na verdade, ensina o mestre alemão, o peso decisivo da aplicação da lei não reside na subsunção final. Mas na apreciação, que a antecede, dos elementos particulares da situação de fato enquanto tal. in Metodologia...* p.340

extrairá um núcleo onde há a questão jurídica⁵⁸. Somente com a situação de fato conformada é que pode o juiz iniciar seu trabalho de aplicação da lei. O núcleo central da aplicação da lei é a apreciação da situação de fato, que se faz através das provas, mas precisamente, através de um procedimento probatório.

2.2.O problema da verdade e da fixação formal dos fatos

Quando para solução de conflitos não baste a coação moral derivante da existência mesmo das próprias normas, é preciso proceder-se à realização destas, transformando seu comando abstrato em concreto⁵⁹. Esta transformação se dá por uma série de atos que constituem o processo judicial e se esgotam na sentença. A sentença realiza o fenômeno de transformação de uma norma jurídica de mandato abstrato em mandato concreto, individualizado e definido⁶⁰.

Para individualizar uma norma é necessário comprovar uma situação concreta idêntica à situação suposta, convertendo o mandato hipotético em real. O objetivo do processo probatório é fornecer elementos para a

⁵⁸ Estamos falando da fixação do *thema probandum*, através dos juízos de admissibilidade e relevância. O *thema probandum* é o conjunto de hipóteses factuais baseadas essencialmente nas alegações as partes e resultantes de uma seleção lógica. Os juízos de admissibilidade e relevância são juízos preventivos, do qual depende a possibilidade do concreto experimento probatório. Couture define o juízo de admissibilidade como referência à idoneidade ou à falta de idoneidade de um determinado meio de prova para demonstrar um fato, in *Fundamentos del derecho procesal civil*, p.158. Quanto à relevância, a tomamos como um critério para aferir a utilidade da prova para o acerto do fato no qual se funda a controvérsia. A prova é relevante quando o fato sobre o qual versa representa um elemento utilizável para o acerto de um fato, objeto do procedimento probatório. Para Michele Taruffo o juízo de relevância é a seleção de proposições de fatos que possa ser utilizada no acerto final, resultado do procedimento probatório. É relevante a prova que, admitida como verdadeira, por hipótese, pode construir elemento de confirmação lógica da proposição descritiva do *factum probandum*, in *Studi sulla Rilevanza della Prova*, p.240.

⁵⁹ Das lições de Luiz Rodrigues Wambier temos: *há casos, nu multifacetado conjunto de interesses que coexistem na vida da sociedade, em que o simples comando legal não é suficiente para eliminar a presença do conflito, isto é, da incidência de interesses simultâneos e excludentes, sobre um mesmo bem. Esses estado de conflituosidade rompe a paz social e requer solução*, in *Curso...*, p.38

⁶⁰ Em nota bibliográfica, Marinoni cita Chiovenda: *toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos que, em regra, podem modificar-se, indefinidamente. Toda vez que se verifica o fato ou grupo de fatos, previstos pela norma, forma-se uma*

comprovação da identidade ou diferença entre a situação suposta na norma e a situação também suposta na causa⁶¹.

O processo é instrumento de atuação do direito objetivo. A verdade, por sua vez, aparece-nos como um problema técnico a ser resolvido pelo direito, donde surge o conceito de verdade formal, resultado de uma busca juridicamente limitada, uma verdade convencional. De logo ressaltamos que mesmo sendo a verdade um conceito fora do direito, foi refutada aqui a noção de verdade como um conceito de índole puramente filosófica.

De tudo isso, resulta que para o juiz não se põe o problema de atingir a verdade absoluta, que de resto, conforme afirmou Chiarloni, *não é do seu mundo*⁶², mas somente uma verdade lógico-formal. No processo, a verdade é posta como um problema para resolver, de qualquer modo, e não para discutir. É um problema de ordem prática⁶³. Do ponto de vista jurídico processual, a procura e o conhecimento da verdade tem de constituir-se em uma relação técnica, como um problema funcional técnico que o processo tenha que ultrapassar para atingir seu fim último de realização concreta do direito objetivo.

Ressaltamos nosso posicionamento de que a verdade não é, ela mesma, o fim do processo. O momento essencial e conclusivo do processo de cognição constitui-se na solene afirmação (acertamento) da concreta vontade sancionatória do direito objetivo. O caminho de que se vale para tanto é a reconstrução da situação de fato, de ordem que aquela concreta vontade da

vontade concreta da lei ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado, in Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5, tomo I, p.28

⁶¹ Assim, para que o poder restaure o direito por meio de seu órgão competente, é necessário que conheça o fato violador da norma que ensejou o conflito de interesses ou o surgimento de dois interesses contrapostos. Para poder soberanamente solucionar este conflito, necessário e imprescindível que o poder judiciário, por meio de um processo, restaure o fato. Luiz Antonio Nunes, *in Cognição judicial nas tutela urgentes*, p.15.

⁶² Sérgio Chiarloni, *in Formalismi e Garanzie – Studi sul Processo Civile*, p. 202

⁶³ Marinoni assevera que se é certo que o objetivo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um destes escopos apenas se atinge através da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda, *in Comentários...*, p.32.

lei possa ser acertada, confirmada, afirmada. A verdade no processo é um meio e não um fim. É um instrumento que tem um escopo limitado a servir de alcance à tutela de direito objetivo, realizado mediante a aplicação da sanção, em outros termos, a sentença definitiva de mérito. O fim último do processo não é e não pode ser o acerto do fato, pois a sentença não é a formulação de um juízo histórico: a sentença é expressão de comando da ordem jurídica, uma manifestação de um comando jurídico, este sim o fim último do processo, com a respectiva aplicação da sanção.

Portanto, temos o que se entende por relativismo processual: a verdade que nos interessa reveste-se de relatividade porque buscada no aspecto que ela se deixa alcançar⁶⁴. Para todo o juiz há o limite fatal da relatividade da certeza histórica: nunca há verdade, só uma aparência de verdade, uma verossimilhança. Ernani Fidélis dos Santos alude ao princípio da máxima probabilidade, reconhecendo a impossibilidade de se chegar a um conhecimento perfeito dos fatos⁶⁵. Veremos adiante o impacto causado pelo uso do termo verossimilhança no texto legal advindo das recentes reformas processuais.

Acrescente-se a noção da circunstância singular de que o fato objeto do procedimento probatório radica-se sempre no passado, conhecido apenas de forma histórica. E história, como nos ensina Carnelittu, *é aquilo que do passado se sabe*.

Posicionando tais noções no âmbito do processo, quando se diz que um fato é verdadeiro, quer-se dizer em concreto que tal fato alcançou, na consciência de quem o avalia, aquele grau máximo de verossimilhança que,

⁶⁴ Marinoni ensina que embora toda a teoria processual esteja calcada na idéia e no ideal de verdade (como o único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei no caso concreto) não se pode negar que a idéia de se tingir a verdade real sobre determinado acontecimento, através do processo, não passa de mera utopia, *in Comentários...*, p.59. Daí a utilização da expressão verdade jurídica, evidenciando a correspondência entre a proposição jurídica e a manifestação do evento, onde temos como verdadeiro ou falso não o fato, mas o enunciado do fato. Sobre o tema vide Presunções no Direito Tributário, da prof^a. Maria Rita Ferragut.

em relação à limitação mesma do conhecimento que o litigante dispõe, basta para dar certeza subjetiva de que aquele fato aconteceu. Tal limitação de conhecimento refere-se ao fato de que a prova não passa de uma simples representação do passado. A verdade do fato acontecido é uma verdade dita histórica, um cálculo de probabilidade⁶⁶. Todo o sistema probatório civil – notem bem, todo o sistema probatório civil - é pré-ordenado não só a consentir, mas a impor ao juiz que se contente, ao avaliar o fato, com uma verossimilhança, com uma verdade dita formal, obtida através do procedimento probatório⁶⁷.

Aqui cabem algumas palavras acerca da comentada redação do art. 273 do Código de Processo Civil, dada pela Lei nº 8952/94. Diz o preceito normativo que o julgador poderá antecipar, a requerimento da parte, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na inicial, desde que exista prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação. Não existe aqui diferença no grau de convencimento da verdade daquele que se terá na decisão final: o juiz estará sempre convencido da verossimilhança da alegação. O que se tem é, como adiante se verá, é uma cognição sumária pré ordenada pelo sistema processual, antecipando os efeitos da sentença de mérito, sendo esta sua função específica, o que a distingue da tutela cautelar (assegura o resultado prático do processo), como ao final melhor exporemos. Em contraposição a esta cognição sumária - em atendimento aos apelos da proporcionalidade - é que se estabeleceu a provisoriedade do provimento dela emanado.

⁶⁵ Ernani Fidélis dos Santos, *in Manual de Direito Processual Civil*.

⁶⁶ O problema da probabilidade, ao lado do problema da indução, é apontado como sendo o núcleo que encerra cada teoria do conhecimento. Diversos filósofos modernos já se debruçaram sobre o assunto, como colhemos das lições dos professores Rui Verlaine e José Anchieta em apêndice de sua obra "O problema da indução".

⁶⁷ Em estudo clássico sobre o tema das provas, qual seja *A lógica das provas em matéria criminal*, cuja primeira parte se reserva aos estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade, Malatesta afirma que relativamente ao conhecimento de um determinado fato, o espírito humano pode achar-se em estado de ignorância, de dúvida ou de certeza (p.19). Mesmo a certeza, que é o estado mais perfeito do conhecimento afirmativo, é um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder a verdade objetiva. A certeza e a verdade, portanto, podem não coincidir.

Das lições de Calamandrei, notamos ademais, que nem o trânsito em julgado transforma o juízo de verossimilhança em juízo de verdade, pois os efeitos da coisa julgada se reportam à decisão e não aos fatos. A coisa julgada não cria nem mesmo uma presunção de veracidade; não é este seu objetivo. Cria somente a irretocabilidade do comando. A crise de consciência do juiz não deixa marcas no julgado. Um resíduo de incerteza psicológica que possa restar na consciência do juiz, com uma margem mais ou menos larga, segundo os meios de investigação de que dispõe, não possui relevância jurídica alguma. É *verdadeiro* o fato que o juiz retém como base de sua decisão. Tal fenômeno de transformação de verossimilhança em verdade acertada na sentença levou Saraceno a falar em iluminação irracional, um verdadeiro ato de fé, que transporta a probabilidade em certeza⁶⁸. O que faz coisa julgada na sentença é somente a parte dispositiva, não a fundamentação nem tão pouco o relatório. A coisa julgada gera a irretocabilidade jurídica do comando, sem distinguir se a premissa psicológica deste comando é nascida de uma verdade ou de uma verossimilhança⁶⁹. A falibilidade é inerente a todo juízo histórico e é por isso que, no processo de conhecimento a convicção que o juiz deve formar sobre a ocorrência de fatos relevantes, sob pena de tê-los por não ocorridos, é apenas a sua medida psicológica de certeza: afasta os motivos divergentes assumindo calculadamente alguns riscos, que são inevitáveis. Basta, pois que o juiz tenha atingido grau suficiente de convicção, a ponto de preferir afirmar o fato e ter por irrelevantes os motivos divergentes.

Não poderíamos deixar de fazer uma breve menção à teoria de Jürgen Habermas, partindo de questão: quais os limites do conhecimento para o Direito; o que podemos ter como objeto de investigação que esteja dentro das possibilidades de cognição humana.

⁶⁸ Piero Calamandrei, *in Studi sul Processo Civile*, p.113

⁶⁹ Piero Calamandrei. Op. cit., p. 114

Habermas traduz a verdade em um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes: a verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação.

Tais noções constituem uma tentativa de superação dos demais paradigmas, buscando centrar o ponto de apoio do estudo não mais no sujeito ou no objeto, mas no discurso. A razão não está mais no mundo (paradigma do ser) nem no sujeito individual (paradigma do sujeito), mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns (linguagem).

O diálogo (comunicação) passa a ter a preponderância no sistema. Não se busca mais a razão no íntimo do sujeito, mas na argumentação. Com isso, temos o fechamento de um ciclo: a verdade não é um conceito absoluto de validade plena e eterna: ao contrário, resultam de um consenso discursivo. A verdade passa a ser algo necessariamente transitório, provisório, obtida através de consenso, em permanente dinâmica. A função da prova assume então um papel de peça de argumentação retórica dentro do discurso jurídico.

2.3. Verdade formal e verdade material

José Eduardo Carreira Alvim fala em um duplo aspecto da verdade no processo, chamando verdade formal *aquela que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos como aconteceram historicamente*⁷⁰.

Denomina o mesmo autor de verdade material aquela a que chega o julgador revelando os atos tal como aconteceram historicamente, e não como queriam as partes vê-los realizados, sendo esta típica do processo penal⁷¹.

⁷⁰ José Eduardo Carreira Alvim, *in Elementos de Teoria Geral do Processo*, p. 342

⁷¹ Marinoni assenta tal distinção na premissa de que cria-se que o processo civil lida com bens menos relevantes que o processo penal, por isso cada uma das doutrinas processuais lidavam de forma diferente com o tema verdade.

Verdade material para Carlo Furno é a certeza histórica adquirida no processo por via de um ou mais experimentos, valorados discricionariamente pelo juiz⁷². Por verdade formal, para o mesmo autor, entende-se a certeza histórico-legal adquirida não sobre um material probatório que haja sido criticado livremente pelo órgão jurídico, mas por um sistema legal de acerto definitivo do fato, ou seja, em virtude de um complexo de normas imperativas as quais, inteiramente suprimida a liberdade judicial de valoração, vinculam o magistrado a ter por certo os fatos concretos demonstrados de modo correspondente a hipótese prevista em abstrato pela norma⁷³. Com estas definições, conclui o mestre italiano: *ora, non è difficile operare anzitutto sulla terminologia, sostituendo “verità materiale” con l’espressione “certeza storico giudiziale” e “verità formale” con l’espressione “certezza storica legale”*⁷⁴.

Atualmente, entretanto, vê-se que tal distinção cai em desprestígio. Poucos autores ainda lhe fazem referência, até porque o problema da descoberta da verdade é geral, bem como a postura do operador do direito perante o grau de significação desta descoberta, importando tal distinção apenas numa variante - que ora se ultrapassa, por inútil – de um problema mais geral⁷⁵.

2.4. A certeza

⁷² Carlo Furno, op. cit. P. 20/21

⁷³ Carlo Furno, op. cit. 21

⁷⁴ Carlo Furno,, op. cit. , pag. 21

⁷⁵ Marinoni nos dá notícia de que a doutrina processual moderna vem sistematicamente rechaçando esta diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a eles método de reconstrução dos fatos diverso daquela adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana, como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo, sem falar nos direitos meta individuais, cujos reflexos chegam a teoria das execuções e do uso de meios coercitivos para execução das obrigações de fazer e não fazer. Totalmente despropositada a distinção das técnicas de cognição entre as duas grandes áreas do Direito. Marinoni, *in Comentários...*, p.37

A certeza é um dos grandes dogmas na teoria do processo. Como a definiu Carlo Furno, ela é a *manifestação subjetiva da verdade*⁷⁶. Considera-se que existe certeza quando, em relação à determinada proposição, a mente afasta todos os motivos divergentes, ou seja, àqueles que conduziriam a desacreditá-la, para então aceitar os motivos convergentes⁷⁷. E todo o sistema jurídico se desenvolve, de modo mais ou menos minucioso e eficiente, no sentido de produzir um estado de certeza quanto a direitos e obrigações.

Malatesta nos ensina que o espírito humano, relativamente ao conhecimento de um dado fato, pode encontrar-se *num estado de ignorância, ausência de todo o conhecimento; no estado de credulidade, no sentido específico, igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo; no estado de certeza, conhecimento afirmativo, triunfante*.⁷⁸

Certeza, propriamente, tem-se quando o poder jurídico vem positivado em atos concretos, como a sentença⁷⁹; aí sim é que se pode ter certeza quanto à existência ou inexistência de direitos e obrigações afirmados ou negados. Já foi feito o trabalho de enquadramento lógico de fatos passados e foi interpretada a lei, resultado na afirmação de vontade concreta desta mediante decisão imperativa (atos de positivação concretas do poder), tornando certa a situação jurídica entre as partes. A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a segurança jurídica, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual⁸⁰.

⁷⁶ Carlo Furno. Op. cit., pp 13 e ss

⁷⁷ Assim temos: *a certeza é, por sua natureza, subjetiva. Existe, ainda que haja motivos divergentes na crença da existência de determinados fatos. No entanto, esses motivos divergentes, ou seja, afirmações destoantes e contraditórias que levam à negação primária da verdade real, são afastados por um repúdio racional: rejeitam-se as divergências por meio de um trabalho intelectual e de convicção do magistrado, suportado no uso da razão e deduzindo dela o raciocínio*. Luiz Antônio Nunes, *in A cognição...*, p.19/20

⁷⁸ *A lógica das provas...*, p.20

⁷⁹ Marinoni cita Chiovenda ao afirmar que juridicamente a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. *Comentários...*, p.37

⁸⁰ O Estado deve buscar, num primeiro momento, evitar o conflito. Uma vez ocorrido, entretanto, deve o conflito ser dirimido por um órgão judicial, através do exercício da jurisdição. A composição do conflito realiza o bem-estar e a justiça social, ao restaurar o direito violado ou ameaçado de lesão. Note-se, entretanto, que a doutrina processual já desperta para a necessidade da prestação de tutelas inibitórias à violação de direitos.

A exigência de certeza é reconhecidamente somente uma ilusão, não sendo outra coisa que mera probabilidade, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente, os limites toleráveis de risco⁸¹.

2.5. Verossimilhança

O prof. Carreira Alvim aponta como estudo clássico sobre o tema verossimilhança o artigo de Piero Calamandrei intitulado “*verità e verosimiglianza*”.⁸² Das lições de Calamandrei, então, partiremos, extraíndo a máxima de que todo juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de verossimilhança⁸³. Ao conceituar verossimilhança, diversos autores apontam a idéia de *aparência ou ilusão de verdade*. Verossímil é tudo aquilo que reveste a aparência de verdadeiro, crível por não oferecer caráter algum de falsidade: *insisto em creer que la verosimilitud se traduce en la no inverosimilitud*, conforme lições de Sentis Melendo, que acrescenta *los conceptos de verosimil e inverosimel, de probabilidad y de posibilidad, son peligrosos por lo elástico*.⁸⁴ Assim, para o jurista argentino, devemos nos contentar com aquilo que não seja inverossímil, porque a verossimilhança, por si só, não teria valor probatório: *solo tiene el valor de excluir la inverosimilitud*.⁸⁵

Adiante-se que, ademais, distinguir verdade de verossimilhança, se pode gerar algum incômodo sob o ponto de vista lógico ou psicológico, não tem nenhuma relevância jurídica no resultado final do processo. O dispositivo da sentença destaca-se, isola-se, dos seus motivos e muito mais ainda do

⁸¹ No que se refere aos riscos inerentes à função de julgar, de decidir, de compor conflitos, temos um sistema jurídico positivo onde são previstas uma série de garantias, com assento na Constituição Federal de 1988, a partir das quais o legislador infra-constitucional está autorizados a “construir” todo o sistema processual. São garantias como o devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, dentre outras tantas que asseguram aos cidadãos o acesso às decisões judiciais.

⁸² José E. Carreira Alvim, in *Procedimento Monitorio*, p.163.

⁸³ Piero Calamandrei. Op. cit., p.111. Calamandrei cita Voltaire ao afirmar que *les vérités historiques ne sont que des probabilités*, p.165

⁸⁴ Santiago Sentís Melendo, in *La prueba – los grandes temas del derecho probatorio*, p.93

⁸⁵ Sentís Melendo. Op. cit. p.104. Segundo Malatesta, improvável não é exatamente senão o contrário de provável: *o que é provável pelo lado dos motivos menores* e por isso a dúvida reduz-se ao crível e ao provável. *A lógica...*, p.20. Para Marinoni, o julgador jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma, in *Comentários...*, p.41

estado anímico do prolator. A imperatividade das decisões é invariavelmente a mesma, nada influenciando o grau mais ou menos elevado de convicção com que emitidas. Daí porque se diz que nem o ordenamento jurídico pretende que sejam considerados verdadeiros os fatos que o juiz retém como base para sua decisão: o ordenamento se limita a disciplinar que a vontade da lei no caso concreto é essa que o juiz afirmou ser a vontade da lei⁸⁶.

A apreciação da verossimilhança das alegações ocorre em dois momentos distintos no processo de cognição plena. Há o chamado juízo preventivo de verossimilhança e aquele juízo final, no acertamento da situação de fato da causa. O juízo de verossimilhança então tem lugar na instrução, na sua fase inicial e na sua fase final. Essa é a grande diferença de papéis do juízo de verossimilhança nas cognições exauriente e sumária: na primeira, o juízo de verossimilhança tem lugar duas vezes, enquanto na cognição sumária, o juízo de verossimilhança se presta a autorizar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito final.

O juízo preventivo de verossimilhança, na cognição exauriente, condiciona a admissão da prova, na formação do *thema probandum*, no momento processual da decisão em torno da admissão da prova. A decisão definitiva da causa não deriva diretamente deste primeiro juízo de verossimilhança, mas do êxito que a prova acertada com base nele. O juízo preventivo de verossimilhança é, portanto, uma fase distinta e contraposta aquela do acertamento final dos fatos. Neste caso, o juízo de verossimilhança possui caráter instrumental, seletivo e eliminatório, limitado ao campo probatório. É um juízo preliminar sobre a admissibilidade dos meios de prova e sobre a relevância do direito: *lascia passare, come un vaglio, solo quei mezzi di prova che, per la verosimiglianza del thema probandum, si presentino prima*

⁸⁶ *I fatti rimangono quelli che furono, né l'ordinamento giuridico ritenne come base della sua decisione; esso anzi non si cura affatto di sapere andarono realmente le cose e si disinteressa completamente dei possibili errori logici del giudice, mas si limita ad affermare che la volontà della legge nel caso concreto è ciò che il giudice afferma essere la volontà della legge,* Chiovenda apud Calamandrei, *Studi sul Processo Civile*, p. 114.

*facie com una certa garanzia di credibilità e quindi com una certa probabilità di esito positivo*⁸⁷.

Aqui surge a necessidade de precisar, antecipadamente, alguma noção de fato notório e sua relação com o conceito de verossimilhança, bem como uma noção da chamada regra ou máxima de experiência⁸⁸.

A notoriedade é o conhecimento, aparentemente de comum consciência histórica, da verdade de um fato concreto isolado⁸⁹. O contrário de notoriedade não se reveste de impossibilidade, sendo apenas a comum consciência de que um certo fato em concreto é ou não é verdade. Não há o uso de uma base de conhecimento histórico sobre a verdade ou não verdade disso, mas o uso de um critério de ordem geral, que se tem com precedência, conceituado máxima de experiência.

Entre juízo de verossimilhança e juízo de inverossimilhança, no caso de juízo preliminar de admissibilidade dos meios de prova, os limites são sempre variáveis. Há, segundo Calamandrei, uma linha imprecisa de contínuo deslocamento, pelo que o juiz é levado à aplicação de critérios de ordem geral de observação de normalidade, ou o que tecnicamente convencionou-se chamar máximas de experiência⁹⁰.

Regras ou máximas de experiência são juízos empíricos formados à observação do que comumente acontece e que, como tais podem ser formados em abstratos por qualquer pessoa de cultura média. É uma porção

⁸⁷ Calamandrei, Piero. Op. cit. pag. 130

⁸⁸ Para atingir o conceito de verossimilhança, Calamandrei vale-se da idéia de máxima de experiência. Partindo deste conceito, constrói o autor a noção de que verossimilhança é uma idéia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece.

⁸⁹ São notórios os fatos que são conhecidos e predominam numa região num determinado espaço de tempo. Diz-se da mesma forma que são notórios os fatos que pertencem à cultura do homem no momento e no lugar em que a decisão é proferida. Marinoni, *in Comentários...*, p.211. Por sua vez, afirma Nelson Nery Júnior: fato notório é o de conhecimento pleno pelo grupo social onde ele ocorreu, ou desperta interesse, no tempo e no lugar onde o processo tramita e para cujo deslinde sua existência têm relevância, *in Código de Processo Civil comentado*, p.618

⁹⁰ Calamandrei assevera que é fácil concluir que a margem de aproximação varia caso a caso, segundo os meios de prova de que o juiz pode servir-se para chegar à conclusão. Op. cit., p.166

de conhecimentos que, tendo passado por uma contínua e prolongada verificação por parte de uma coletividade, foram fartamente testados; fatos que geralmente fazem parte da cultura de uma determinada esfera social, num determinado tempo (tempo em que ocorre a decisão)⁹¹.

O mesmo mecanismo lógico preside o juízo de verossimilhança ou inverossimilhança. Também aqui, para julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, recorreremos, sem uma necessidade de uma pesquisa histórica sobre sua verdade concreta, a um critério de ordem geral, adquirido com precedência mediante a observação de que fatos, daquela mesma categoria, acontecidos em circunstâncias semelhantes aquele do caso concreto, guardam aparência de verdade. E ao contrário se conclui que é inverossímil quando, podendo ser verdadeiro, aparece em contraste com o critério subjetivo da normalidade. Guarde-se que, mesmo contrariando um critério subjetivo de normalidade, não se exclui em absoluto sua possibilidade de ser verdadeiro⁹².

Reitere-se que o juízo de verossimilhança, como uma fase distinta e contraposta do acerto da verdade que é, isto é, para a formação do *thema probandum* é, em substância, um autorizador que possibilita transformar a alegação em prova – resultado final de um procedimento. Pode se dizer, então, que, quando está lá a verossimilhança, pode se conceder à parte que afirma fato a seu favor um crédito sobre sua palavra.

⁹¹ O problema que surge quando da utilização das regras de experiência confina com o problema da utilização do saber privado do juiz. Para Marinoni, a reconstrução do fato ocorrido no passado sempre vem influenciado por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo ou ainda do juiz, que fará o trabalho de valoração.

⁹² Marinoni, na mesma trilha traçada por Calamandrei, afirma que para julgar se o fato é verossímil ou inverossímil recorramos a um critério de ordem geral já adquiridos previamente mediante a observação do *quod plerunque accidit: já que a experiência nos ensina que fatos daquela específica categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares àquelas que se encontram no caso concreto, dessume-se desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro; e vice-versa, conclui-se que algo é inverossímil quando, mesmo podendo ser verdadeiro, parece porém em contraste com o critério sugerido pela normalidade, in Comentários..., p.47.*

Atualmente, a lei expressa, em via excepcional, consente ao juiz a dar à afirmação da parte, porque verossímil, um mesmo valor que uma prova definitiva, resultante de um procedimento, conforme veremos no capítulo V.

Adiantando, encontramos este fenômeno processual na chamada cognição sumária, onde o provimento jurisdicional é antecipado através de um procedimento de cognição sumária, isto é, com produção e avaliação das fontes de prova sumárias, que antecipa mesmo o provimento jurisdicional de mérito pretendido pela parte. A própria lei, com o escopo de simplificar e acelerar a emanção de um provimento, de caráter provisório e urgente, autoriza o juiz a contentar-se com um juízo de verossimilhança fundado sobre prova *prima facie*: é o caso das liminares nas possessórias e nas cautelares. A admissão desta prova não é um conselho para o juiz, mas uma própria e verdadeira disposição de efeito vinculativo, estando o juiz obrigado a acolher o pedido mesmo se a prova fornecida não conseguir lograr o êxito de lhe dar certeza. É um juízo de verossimilhança fundado, sobretudo, na atendibilidade da alegação⁹³.

Neste caso, o juízo de verossimilhança não tem a função eliminatória de quando se presta a admitir a produção de determinados meios de prova: não é passagem obrigatória para a instrução do processo. Aqui, neste procedimento sumário basta um juízo de verossimilhança para dar lugar ao provimento favorável, provimento este de natureza provisória, mas em todo caso antecipatório dos efeitos da decisão de mérito. Em outro processo, nos casos das cautelares as ditas ações principais, ou mesmo na continuação do procedimento originário, o juiz procede uma averiguação da verdade, chegando a um provimento definitivo, destinado a substituir aquele provisório.

Finalmente, encerrada a instrução, quando todas as provas admitidas são produzidas, encerra-se a atividade das partes. Ao juiz não resta que

valorá-las segundo seu processo lógico de apreensão, quando então a verossimilhança ou a inverossimilhança torna-se argumento *a posteriori* de que se serve o juiz para formar sua convicção. Temos então que, além de critério para admissibilidade das provas, o juízo de verossimilhança é critério de valorização final da prova. Esse acerto final dos fatos é o resultado do procedimento que se inicia com o juízo preventivo de verossimilhança para a formação do *thema probandum*.

2.6.Representação

Na conceituação de fonte de prova usaremos a idéia de fato representativo. A representação é um sucedâneo da percepção: serve para despertar, mediante um equivalente sensível, a idéia que viria primariamente determinada pela percepção de um fato. O objeto da representação é o objeto mesmo da percepção: um fato (atitude concreta, determinada no espaço e no tempo do mundo exterior). O que não é fato (ou evento, como quer o prof. Paulo de Barros Carvalho) não se representa⁹⁴.

Pressuposto da representação é que a mesma seja um sucedâneo da percepção, despertando a idéia de um fato mediante a percepção de outro fato. O mecanismo da representação arrima-se na substituição de um fato por outro como objeto da percepção para a determinação da idéia mesma. A representação supõe dois fatos: o representativo, subrogante, e o representado, subrogado.

No conceito de representação existe como pressuposto a diversidade ou separação entre o fato percebido e o fato idealizado: se a idéia determinada em quem o percebe é tão só a idéia do fato percebido, este não é um fato

⁹³ E não como ordinariamente, como o resultado de um procedimento probatório ordenado para o acerto da questão de fato.

⁹⁴ Maria Rita Ferragut assevera que *a realidade, por sua vez, envolve necessariamente uma representação, o que a faz dependente de um signo. A realidade tem, como objeto, como signo, algo imediato (não o real, mas o interpretado), e envolve tanto a existência quanto à representação, in Presunções..., p.31*

representativo. A aptidão do fato percebido à determinar a idéia de um fato diverso (para substituir a este último como fonte da idéia) constitui sua capacidade representativa.

Também o fato representativo se reveste de um caráter de relatividade. O fato representativo não perde a capacidade de determinar a idéia de si mesmo por ser capaz de determinar a idéia de outro. Por isso pode funcionar também como fato simples. A representação pode ser verdadeira ou não, mas não deixa de ser representação. Tomemos por exemplo o caso do falso testemunho. O juramento é simples medida política adotada para assegurar a coincidência dos resultados da fixação formal com a verdade material. A sanção /pena ao falso testemunho é uma confirmação esquisita de uma certa indiferença da verdade sobre a eficácia do testemunho ou documento. Se não valessem nada, não haveria razão castigar sua falsidade.

A representação se obtém por meio da percepção de um fato diverso do fato representado. O fato diverso é o meio de representação, e seu objeto é o fato representado. A representação pode ser real ou pessoal. A real, ou objetiva, compõe-se de um objeto (documento) e a pessoal, ou subjetiva, compõe-se de um ato testemunho. Ambos, ato e objeto, aptos a despertar em quem os percebe a idéia que vem determinada pela percepção do fato representado.

O caráter diferencial está em que o fato tenha ou não especialmente por finalidade estabelecer a verdade de outro fato; que tenha ou não função de manifestar um fato diverso. Uma foto não tem de maneira alguma função de comprovação da verdade de um fato, mas somente a função de representá-la. Que depois a função representativa se converta em função probatória depende de circunstâncias externas e mais precisamente do emprego que dela se faça no processo. Sua função probatória independe de ter sido ela

tirada com a finalidade de fornecer uma prova em juízo ou servir de adorno. A finalidade é diferente de função que a coisa possa vir a ter.

2.7. A cognição judicial no processo civil

Ao iniciarmos o estudo acerca do formalismo processual, realizado para fins de construção do quinto capítulo do presente trabalho, nos deparamos com as noções de procedimentos de cognição do juiz. Já mencionamos anteriormente a cognição plena. Cabe-nos, então, conceituar o que seja cognição – atividade do juiz- e definir-lhe o modo de ser, bem como a relação que existe entre cognição e as diversas modalidades de processo.

Kazuo Watanabe discorre acerca do tema da cognição colocando-o no quadro da efetividade da tutela do direito e da instrumentalidade do processo, com a proposta de integração entre os dois grandes planos em que se apresenta dividida a ordem jurídica: a confluência direito-processo⁹⁵.

Por efetividade podemos tomar a clássica e repetida idéia de Chiovenda: o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir. É esta preocupação com a efetividade da tutela que leva o ordenamento a procurar por novos tipos de procedimentos, através de procedimentos especiais, pela aceleração e simplificação do procedimento, pela facilitação da prova, para uma concepção social do processo, para uma melhor tutela de interesses supra-individuais, e, enfim, ampliar os múltiplos aspectos de facilitação do acesso à justiça.

⁹⁵ O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais, ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo. Tal é o posicionamento do prof. Marinoni nos *Comentários...*, p. 75

No que se refere à instrumentalidade do processo, fixamos o conceito de processo agora não como relação jurídica, mas como meio de realização da tutela jurisdicional estatal, um instrumento, portanto, a serviço da jurisdição⁹⁶.

Se de um lado surgem soluções próprias do direito material a uma tutela adequada, existem também técnicas e soluções específicas do direito processual, como nos ensina Kazuo Watanabe: *não somente quanto à natureza do provimento, como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação de tutela, à intensidade de amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos.*⁹⁷

Neste diapasão, o professor paulista estuda a cognição e sua importância como técnica judicial. A cognição desponta com importante instrumento de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada, tudo com vias a realizar a efetividade procurada⁹⁸. Sob este critério da cognição é que o mencionado autor acha mais coerente a classificação das ações em ação de cognição plena, ação de cognição sumária e ação de cognição rarefeita ou quase inócua.

A cognição, portanto, é também meio de adaptação do processo às exigências do direito material. A cognição torna-se necessária no momento em que o Estado avoca para si o monopólio da justiça, interpondo-se entre os homens em conflito de interesses. A interposição do Estado atende à razão política de evitar o prevalecimento do mais forte e de substituir a força pela

⁹⁶ Moacyr Amaral dos Santos, *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*, p.209.

⁹⁷ Kazuo Watanabe, *Da cognição judicial*, p.19. Nesta perspectiva, a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos é necessária uma pluralidade de processos atendendo às variadas situações de direito substancial carentes de tutela. Nas palavras de Marinoni, *para a efetividade do processo é imprescindível o correto manejo das técnicas de construção de tutelas jurisdicionais*, in *Comentários...*, p.76

⁹⁸ Também Marinoni nos ensina que a técnica da cognição permite a construção de procedimentos adequados, ajustados às reais necessidades de tutela, in *Comentários...*, p. 80.

justiça, num esforço de solucionar os conflitos pelos meios mais civilizados, e isso somente se consegue conhecendo-se as razões de ambas as partes⁹⁹.

A importância da cognição decorre, então, da própria natureza da atividade do juiz, que, para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõem entre as partes, conhecer primeiro das razões para depois adotar as providências necessárias voltadas à realização prática do direito das partes. Está no plano da técnica da utilização da cognição se a mesma é profunda ou superficial, e dessa utilização são concebidos e sistematizados procedimentos diferenciados para a melhor e efetiva tutela de direitos.

Para conceituar cognição, Kazuo Watanabe ressalta ademais seu caráter prevalentemente lógico: a cognição é, acima de tudo, um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

A operação lógica do juiz, porém, é de ordinário bem mais complexa que esse esquema teórico de analisar e valorar alegações, como lembra Calamandrei. Quase sempre “*son múltiples los puntos de derecho y de hecho a resolver, y antes de llegar a la decisión definitiva, el juez debe a menudo pronunciar una cantidad de decisiones prejudiciales e interlocutorias, en las cuales con las cuestiones de mérito se alternan las cuestiones procesales.*” Ademais, a operação lógica, “*tal como se desarrolla en la realidad en la mente de cada juez, no se produce a través de una sucesión de fases netas y separadas, similares a las que yo he clasificado, ya que en el pensamiento*

⁹⁹ Kazuo Watanabe, *in Da cognição judicial*, p.33

*vivo, que se rebela a toda anatomía aquéllas se alternan y se compenetran de un modo inconsciente e irregular.”*¹⁰⁰

Daí porque a sentença não é um silogismo. Para sua construção, concorrem a razão, a emoção e até intuição. O silogismo final, como observa Liebman, é a síntese de outros numerosos silogismos, juízos de classificação e acertamento de caráter histórico que o preparam, resolvendo pouco a pouco os vários pontos de fato e de direito relevantes para a causa. Kazuo Watanabe, citado Liebmann, traz uma observação bastante esclarecedora da atividade do juiz nessa fase preparatória da conclusão última, que é o provimento: *essa atividade é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são de simples dedução lógica e sim de intuição e da concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente, critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade.* Em outras palavras, embora predominantemente lógico, a cognição utiliza-se de fatores psicológicos, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural.¹⁰¹ Podemos desde já afirmar, então, que o problema da prova situa-se na teoria do conhecimento.

2.8. Modos de utilização da cognição como técnica processual

A cognição possui dois planos distintos: horizontal e vertical. Na cognição horizontal temos o exame do trinômio: a) pressupostos processuais, b) condições da ação e c) mérito, inclusive questões de mérito. A cognição

¹⁰⁰ Piero Calamandrei, *apud* Kazuo Watanabe, *Da cognição judicial*, p.43

¹⁰¹ Kazuo Watanabe, *Da cognição judicial*, p.45

horizontal pode ser plena ou limitada. A vertical, por sua vez, pode ser exauriente ou sumária quanto ao objeto¹⁰².

Questões processuais são aquelas ligadas ao processo em si mesmo, ou seja, o que se denomina pressupostos processuais¹⁰³. O direito e os fatos podem aparecer na causa como pontos conhecidos e incontroversos, ou a respeito deles surgir dúvidas e controvérsias, quando então receberão o nome de questões.¹⁰⁴ Referem-se sucintamente a uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo. Em seu livro *Teoria Geral do Processo*, Ada Grinover reduz a apenas três os pressupostos processuais: um pedido; a capacidade de quem o formula; e a investidura do destinatário do pedido, ou seja, a qualidade de juiz.¹⁰⁵

Já as condições da ação são comumente elencadas em três: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte e interesse de agir¹⁰⁶. Podemos dizer do conceito de ação: poder de estimular o Estado ao exercício da função jurisdicional. As condições da ação seriam, então, condições para o julgamento do mérito da causa. Observe-se que o mérito não pode ser confundido com as questões de mérito, sendo estas resolvidas na motivação da sentença e aquele no dispositivo. A resolução das questões de mérito ou

¹⁰² Kazuo Watanabe, op. cit., p.83. Marinoni ressalta que a cognição pode ser analisada em duas direções: no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena a parcial; e no vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial, *in Comentários...*, p.80 Teori Albino também segue as lições de Kazuo Watanabe na dicotomia de planos horizontal e vertical da cognição, em suas respectivas modalidades, ressaltando que com a combinação dessas modalidades de cognição o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais, *in Antecipação da tutela*, pp.18 e 19.

¹⁰³ Os pressupostos processuais são requisitos que devem ser preenchidos, em cada caso concreto, para que o processo se constitua e desenvolva regular e validamente. Luiz Rodrigues Wambier classifica-os em pressupostos processuais de existência, pressupostos processuais de validade e pressupostos processuais negativos, *in Curso de Processo Civil avançado*.

¹⁰⁴ Kazuo Watanabe, op. cit.. Da cognição judicial, p.53

¹⁰⁵ Kazuo Watanabe, op. cit.. Da cognição judicial, p.54

¹⁰⁶ Kazuo Watanabe, op. cit.. Da cognição judicial, p.55. Também Wambier, no *Curso...*, menciona que são três as condições que permitem a regular verificação de admissibilidade: o interesse processual, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido. p.132

questões prejudiciais terá sede nos motivos e constituirão fundamentos da conclusão que virá a seguir.¹⁰⁷

Assim, há uma combinação de várias modalidades de cognição para a concepção de procedimentos diferenciados.

O que se busca, a princípio, é sempre uma cognição plena e exauriente: o processo ordinário é concebido para isso. É o procedimento comum do processo de conhecimento. A cognição plena e exauriente é apta a formação de coisa julgada material.¹⁰⁸

Por seu vez, a cognição parcial e exauriente (ex. conversão da separação em divórcio) apresenta uma limitação no tocante a amplitude, mas é ilimitada quanto à profundidade da cognição, e por isso faz coisa julgada material¹⁰⁹. O que se estabelece é uma proibição de controvérsia sobre alguma questão no processo, com o único objetivo de simplificá-lo ou torná-lo mais célere, com a ressalva sempre de questionamento deste ponto em especial em ação autônoma.

Novo é o fenômeno que consiste na cognição eventual, limitada e exauriente. Bem, tomemos o procedimento monitório: ação em que o contraditório é eventual, com possibilidade de supressão de toda uma fase tipicamente jurisdicional pelo só comportamento do réu. Somente se há contestação essa cognição será plena e exauriente. Daí falar-se em inversão da iniciativa do contraditório. Caso o requerido não compareça ao chamamento citatório, o mandado converte-se em decisão final, mesmo baseado em uma cognição limitada. Trata-se de um instituto híbrido, como adiante estudaremos.

¹⁰⁷ Kazuo Watanabe, op. cit.. Op. cit., p.80

¹⁰⁸ A tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório de forma antecipada, ou seja, não prevê a postergação da busca da “ verdade e da certeza”, elegendo o sistema para tal forma

Por fim temos a cognição sumária ou superficial que consiste em uma limitação no campo vertical. São as ações sumárias cautelares e não cautelares, bem como as medidas liminares em geral¹¹⁰.

de cognição o valor segurança. Marinoni complementa: *a tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material*, in *Comentários...*, p.83

¹⁰⁹ Watanabe, Kazuo. Op. cit., p.88

¹¹⁰ *A tutela sumária, de fato, não produz coisa julgada material. Na tutela cautelar, por exemplo, o juiz nada declara. Limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição do juiz sobre o direito afirmado, o enunciado da tutela sumária, que afirma a plausibilidade da existência do direito poderá ser revisto, para que o juiz declare que o direito, que supunha existir, não existe.* Marinoni, in *Comentários...*, p.83

CAPÍTULO 3

A PROVA COMO UM PROBLEMA DO CONHECIMENTO

3.1. Das formas do conhecimento

O conhecimento é o resultado do processo interativo entre sujeito e objeto; o conhecimento é o produto desta relação¹¹¹. Das lições de Filosofia do Direito, distinguimos duas espécies de conhecimento, adotando-se por critério a fonte donde emana esse conhecimento: o empírico¹¹² e o racional¹¹³. Num terceiro momento, a filosofia reverteu esta dicotomia, segundo Newton C. A. da Costa, passando a adotar como as duas fontes de conhecimento positivo (conceitual) a experiência e a razão:

*pela primeira entramos em contato com os mundos interior e exterior (sensibilidade interna e externa). Mesmo o conhecimento empírico não se reduz aos dados puros e simples da experiência: a razão fornece as categorias pelas quais sistematizamos nossas sensações e tornamos inteligível a experiência. A razão ordena dados empíricos.*¹¹⁴

O conhecimento científico possui, portanto, um componente empírico e um caráter racional¹¹⁵. No que se refere ao resultado do conhecimento, temos que o conhecimento empírico assenta-se na verificação de que certos fatos acontecem de um certo modo; *todavia isso em nada implica que não possam acontecer de modo diverso*. Podemos então concluir, que *uma verdade*

¹¹¹ Maria Rita Ferragut assevera que *conhecimento é a relação entre dois elementos, juízo humano e objeto, que nessa relação permanecem separados um do outro; diz-se que o sujeito apreende o objeto, in Presunções...*, p.37

¹¹² O fundador do empirismo foi Jonh Locke, tendo sido mais tarde esta teoria burilada por David Hume. No empirismo, quando o sujeito acredita que sabe algo sobre o objeto, pode ser uma atribuição de evidência ou razoabilidade à proposição de que alguma coisa é isso ou aquilo. Com isso, reconhece a teoria a percepção como fonte do conhecimento, e esta advém da experiência: *o investigador está entregue à experiência*, Maria Rita Ferragut, *Presunções...*, p.39. Note-se que o conhecimento dito empírico é aquele que se obtém fundado na observação externa, e, portanto, *a posteriori*.

¹¹³ No racionalismo, a fonte do conhecimento é a razão, sendo a experiência indiferente para alcançar-se o conhecimento. O pensamento, a razão, é a fonte donde jorra o conhecimento. O conhecimento racional é o obtido diretamente do nosso intelecto, e, portanto, *a priori*.

¹¹⁴ Costa, Newton C. A. da. *Ensaio sobre o fundamento da lógica*, pp. 2 e 3

¹¹⁵ Barreto, José Anchieta Esmeraldo e Moreira, Rui Verlaine Oliveira. *O problema da indução*, p.131

*empírica vale tão só enquanto se refere ao estado em que as coisas se nos mostram no momento da verificação experimental delas*¹¹⁶. O conhecimento racional, por sua vez, não pode jamais ser desmentido pela experiência, isto é, *pode resistir a uma análise crítica dos seus fundamentos e métodos*¹¹⁷.

As observações empíricas, as experiências, não podem excluir o uso de princípios racionais e vice-versa. O procedimento que nos servimos para chegar aos fatos é indutivo, mas parte-se de um pressuposto dedutivo: temos por certo, antes de qualquer experimento, que todos os fatos tem uma causa (e isso é uma certeza absoluta). De tal assertiva é que partimos para o conhecimento empírico.

Na busca de atingir o conhecimento, o problema do método se apresenta então como de fundamental importância¹¹⁸.

Cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas às questões por elas suscitadas¹¹⁹. Podemos mesmo conceituar ciência como uma atividade planejada e dirigida à obtenção de conhecimentos, o que somente é viável através de métodos.

Miguel Reali se refere às formas de conhecimento em função dos métodos que se utilizam para atingir verdade. Método, inobstante seu conceito

¹¹⁶ Giorgio Del Vecchio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 322

¹¹⁷ Barreto, José Anchieta Esmeraldo e Moreira, Rui Verlaine Oliveira. *O problema da indução*, p.131

¹¹⁸ Para Dellepiane, *método e verdade se correlacionam porque o primeiro outra coisa não é senão o meio de encontrar a última*, in *Nova teoria da prova*, p.45. Em nota de rodapé na introdução de seu livro *Da cognição judicial*, Kazuo Watanabe traz à colação comentário do Prof. Celso Neves acerca do tema: *Na verdade o que a cognição realiza é a relação sujeito-objeto, própria da teoria do conhecimento, a acrescenta a isso é que serve a cognição no processo como método sistemático que a ciência oferece, para que se chegue sistematicamente ao máximo de conformidade que está à base do princípio da congruência entre pedido e sentença. Transmutada em ato a cognição implica, via de percepção, como em toda relação sujeito objeto, que originariamente possibilita, em sucessão lógica, o ato de inteligência, de juízo e de vontade que complexamente há em toda decisão judicial*.

¹¹⁹ Não podemos deixar de fazer uma rápida incursão na Filosofia do Direito para bem entendermos especificamente a questão do método. Tomemos o conceito introduzido por Giorgio Del Vecchio, segundo o qual método seria *o conjunto de regras a que o pensamento se deve sujeitar no seu procedimento cognoscitivo*, in *Lições...*, p.320. Todo método é fonte de conhecimento. Como nos ensinam os profs. Rui Verlaine e José Anchieta, *desde Aristóteles, todos os filósofos dedicaram considerável parte de suas reflexões à discussão sobre qual caminho se devia percorrer para que racionalmente se pudesse descobrir a verdade*, in *O problema da indução*, p. 49.

usual de processo ordinatório da razão, capaz de conduzir-nos a determinados resultados, senão certos e comprovados, mas suscetíveis de *fundado consenso*, pode ser empregado em sentido mais genérico, *abrangendo todos os processos ou meios de captar-se a realidade*¹²⁰. A dedução e a indução são processos lógicos formais para obtenção do conhecimento.

A primeira forma de atividade que o juiz desenvolve frente ao fato intermediário na prova indireta é a da percepção (fonte de conhecimento empírico)¹²¹. O objeto de percepção difere do fato a provar e isso nos leva a afirmar a existência de um trabalho intelectual do julgador para a extração de conhecimento a partir da percepção deste objeto. O julgador pode se assentar em percepções próprias ou, no mais das vezes, em percepções de outras pessoas, que lhes foram comunicadas no processo, normalmente no curso da instrução. O conhecimento de um fato por parte do juiz não se pode fazer sem que o mesmo perceba algo com os próprios sentidos; e para isso é inevitável o contato entre o juiz e a realidade acerca da qual deve julgar. A percepção é a única via para o conhecimento da realidade dos fatos. O que se segue a partir da percepção é um trabalho intelectual que pretendemos analisar. Portanto, fazemos uma breve excursão nos termos dedução e indução.

Seguindo as lições de Giorgio Del Vecchio, temos dois tipos de método: a indução, conforme se parta de fatos particulares para chegar a princípios gerais, e a dedução, se, ao contrário, parte-se de princípios gerais para alcançar-se o conhecimento de fatos particulares. Através da dedução e da indução considera-se uma lei ou teoria científica como verdadeira, com muita freqüência através da combinação das duas. Observe-se que os dois métodos

¹²⁰ Miguel Reali, *Filosofia do Direito*, pag. 131.

¹²¹ Somos capazes de perceber e, por força disto, estamos sujeito à ação de objetos externos, que têm a sua presença denunciada pelos nossos sentidos. Numa percepção, estabelece-se uma conexão dinâmica, espaço-temporal entre um objeto individual, de m lado, e os sentidos e a memória de um intérprete, de outro. Maria Rita Ferragut, *in Presunções...*, p.39

não se contradizem, embora se distingam: não se excluem reciprocamente, antes se completam, integrando-se mutuamente.

Relativamente à dedução, não existem muitas controvérsias,

*uma vez que os processos lógicos-dedutivos estão muito bem definidos. Duas são as condições necessárias para que haja um raciocínio dedutivo válido: 1) que as proposições (juízos) sejam em si verdadeira; 2) que entre as proposições que corretamente levam à conclusão haja nexos, coerência*¹²².

O raciocínio no qual existe coerência, nexos, é chamado correto, e pode ser verdadeiro ou falso. A dedução, portanto diz respeito somente à forma de raciocínio correto.

A orientação da lógica moderna, porém, põem em discussão a natureza lógica e a validade gnoseológica da indução: segundo tal orientação, o máximo que se pode induzir da observação regular de características presentes em um certo número de eventos particulares, é uma ilação hipotética acerca da eventualidade que essa mesma característica se apresente ou estejam presentes nos casos não observados¹²³. Decorre disto

¹²² Pelo método dedutivo, que reveste a forma de um silogismo, chega-se ao conhecimento de fatos particulares baseando-se no ou partindo do conhecimento geral. Argumentação silogística é formada por duas premissas, das quais uma é genérica e a outra é particular; aplicando a primeira à segunda, tem-se a conclusão ou ilação. A dedução é um processo de raciocínio, que implica sempre a existência de dois ou mais juízos, ligados entre si por exigências puramente formais. Quando dois são os juízos, e do enunciado de um passa-se diretamente ao outro, em virtude de uma implicação lógica, diz-se que a indução é imediata. Os juízos são proposições chamadas matérias de raciocínio, porque o raciocínio é constituído por juízos. José Anchieta Esmeraldo Barreto e Rui Verlaine Oliveira Moreira, *in O problema da indução*, p.33

¹²³ A definição aristotélica de indução como *o procedimento que dos particulares leva aos universais* identifica até hoje o processo indutivo. Segundo nos ensinam os professores Rui Verlaine e José Anchieta, no livro *O problema da Indução*, a chave da análise dos termos aí contidos reside no significado de **particular – leva – universal**. O termos *particular*, continuam, refere-se a observações singulares que deverão gerar um número igual de juízos (de forma restrita). Já o termo universal, por sua vez é extensivo. O termo *leva* significa que a partir do conhecimento de particulares, através da observação, pode-se chegar ao conhecimento de universais. O método indutivo utiliza a experiência, que nos faculta o conhecimento de fatos particulares para o conhecimento de uma verdade geral. O problema da indução surge com David Hume, que questionou acerca da validade da indução como um método ou processo lógico para se chegar ao conhecimento. A questão, para Hume, se resumia em determinar se existem razões suficientes que possam justificar as crenças que as pessoas professam. O fundamento da filosofia de Hume, como já identificamos, é o empirismo: todo conhecimento nasce da experiência. Coube a Francis Bacon preconizar inicialmente a formulação do novo método científico: a indução experimental. Bacon defende a necessidade de que o cientista se afaste do empirismo radical e do racionalismo exagerado. Há uma série de procedimentos que ficaram conhecidos como a indução por eliminação ou baconiana. Stuart Mill introduz o conceito de causalidade, buscando a racionalidade da indução nas uniformidades e regularidades da natureza, estabelecendo nos seus cânones regras de procedimentos racionais. A posição de Popper é

*l'impossibilità di formulare, sulla base della sola esperienza e al di fuori del contesto teorico fornito dalla scienza, regole dotate di valore conoscitivo generale*¹²⁴.

Assim, o método indutivo não gera conhecimento absoluto. Michele Taruffo assim pronunciou-se sobre o tema:

*dato il suo carattere induttivo, l'inferenza non è in grado di attribuire uno status logico assoluto di verità o falsità alle sue conclusioni, come accade, invece, nell'ambito del procedimento deduttivo. In altri termini, l'inferenza induttiva non perviene a conclusioni certe, ma si limita a fondarle in termini di attendibilità; in linea generale, si può dire che lo status logico tipico della conclusione di ogni inferenza induttiva in senso stretto è quello di probabilità*¹²⁵.

Acrescente-se que tanto o argumento indutivo quanto o dedutivo se apóiam em premissas: a diferença é que no dedutivo as premissas verdadeiras conduzem necessariamente à conclusão verdadeira, enquanto no indutivo elas chegam a conclusões questionáveis quanto à sua veracidade.

Rechaçada a indução como atividade que se segue à percepção originária, vejamos se a dedução se presta para tal fim. Se à percepção do juiz se agrega a dedução do fato a provar através do fato percebido, na busca mesma do fato a provar, temos então, de fato, uma atividade complexa: percepção e dedução. Com efeito, a busca do fato a provar não se alcança mediante o fato diverso percebido pelo juiz (fato meio, exterior, como o documento ou o testemunho), mas tem lugar precisamente mediante um procedimento lógico, que se segue, de dedução. Não poderíamos concluir essa investigação sem adentrarmos, neste ponto de nossa pesquisa, na lógica jurídica. Justificamos nossa postura com base no entendimento de que o modelo dedutivo e experimental também não serve ao pensamento dos juristas, tendo em vista a especificidade de sua disciplina. A obrigação de

curiosa: o problema da indução é um pseudo-problema, do ponto de vista lógico, epistemológico e metodológico. Popper também criticou a interpretação probabilística da indução.

¹²⁴ Michele Taruffo, *in Motivazione*, p. 207 e 208

¹²⁵ Michele taruffo. Op. cit. pag. 235/236

julgar incompatibiliza a idéia de um sistema dedutivo formal, posto que este não admite lacunas. Para precisar noções vagas, por exemplo, a lógica formal não serve; não ajuda a eliminar uma antinomia ou completar uma lacuna. Por isso surgiram as técnicas da lógica jurídica, para o raciocínio específico dos juristas. O juiz constrói um raciocínio no desenvolvimento da atividade probatória que possui técnicas de lógica específicas, diferentes da lógica formal até aqui estudada, e que passamos a examinar.

3.2. A Lógica jurídica

A teoria da prova é um capítulo de lógica aplicada e como tal compreende o problema do conhecimento. A prova é uma atividade lógica; a lógica é ciência do raciocínio e possui caráter instrumental; essencialmente a prova é um juízo que serve de controle a outro juízo, sendo esta sua característica peculiar, pelo que Carnelutti a denominou *juízo instrumental*, denotando *el carácter del juicio de prueba, consistente en su destino preparatorio de juicio final, que se pide al juez*¹²⁶. Portanto, sobressai a decisão final como objetivo que se quer alcançar, donde todo o direito processual voltar-se para a solução; todo o sistema estrutura-se para culminar em uma sentença de mérito. Entretanto, a única boa solução para um conflito de valores só se impõe raramente. Na verdade, o conflito de juízos de valor está no centro de todos os problemas metodológicos criados pela interpretação e pela aplicação do direito. É por esta razão que adotamos a noção de lógica jurídica como sendo uma lógica da controvérsia, de que nos fala Perelman, em sua obra *Ética e Direito*.

Aponta-se desde logo a importância do julgador, desempenhando um papel central e determinante na doutrina perelmaniana. Os princípios jurídicos e as teorias jurídicas aos quais ele recorrerá em sua motivação não são, em absoluto, verdadeiros ou falsos, mas têm como função proteger um valor

¹²⁶ Francesco Carnelutti, *Derecho e proceso*. p. 152

prioritário, assim eleitos naquele caso singular. A motivação é um momento posterior ao da decisão. É neste diapasão que Perelman, fundado na teoria da argumentação, na “nova retórica”, assenta a argumentação essencialmente na adaptação ao auditório¹²⁷.

Para falarmos, entretanto, em uma lógica da argumentação é necessário individuar a lógica jurídica da lógica dita formal. A lógica jurídica examina as argumentações específicas do direito. Assim, *a lógica jurídica é uma lógica que deve fornecer boas razões para tomar uma decisão. Razões boas em direito, que variam conforme o sistema*¹²⁸. A lógica jurídica deverá fornecer ao juiz o instrumento intelectual para avaliar o material probatório, motivar sua decisão, bem como preencher as lacunas da lei e resolver antinomias¹²⁹.

¹²⁷ A retórica é a disciplina que tem como objetivo o estudo do discurso persuasivo, tendo como limites a evidência e o poder coercitivo. O papel da retórica se torna indispensável numa concepção democrática de direito. Assim, *na medida em que o juiz busca uma solução aceitável para os pleiteantes, para seus superiores e para a opinião pública esclarecida, ele deve conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições, suas histórias, a metodologia jurídica, as teorias que nelas são reconhecidas, as consequências sociais e econômicas deste ou daquele posicionamento, os méritos respectivos da segurança jurídica e da equidade na situação dada. A extrema sensibilidade aos valores, tais como eles estão vivos em determinada sociedade condiciona o bom funcionamento da justiça, ao menos de uma justiça que vise ao consenso, condição da paz judiciária.* Perelman, in *Ética e Direito*, p.468. Carlos Alberto de Oliveira, no mesmo norte, acrescenta: *demais disso, não sendo meramente subjetiva a apreciação da prova, a exemplo do julgamento exclusivamente de direito, deve ainda respeitar as expectativas do ambiente a que se dirige e no qual a decisão há de se mostrar convincente ou pelo menos aceitável. Constituirá assim aspiração da atividade judicial, também nos planos dos fatos, obter consenso o mais generalizado possível da sociedade em que inserida, no horizonte de uma decisão razoável na medida em que conformada às expectativas sociais,* in *Do formalismo no processo civil*, p.163.

¹²⁸ Perelman, *Ética e Direito*, p. 527

¹²⁹ A conclusão do procedimento probatório é a existência ou inexistência do fato a provar, conferindo a adjetivação de verdadeiro ou falso ao enunciado da situação de fato. Para Perelman, é inexacto tecnicamente analisar o tal raciocínio do juiz como um silogismo: *tradicionalmente, e é ainda o que acontece com aqueles que só conhecem o direito muito de longe, a decisão do juiz era esquematizada por aquilo a que chamamos silogismo judiciário, do qual nos diziam que a maior era constituída pela regra de direito, a menor pelos fatos estebelecidos durante o processo, e a conclusão pelas consequências que delas decorrem, levando-se em conta o sistema de direito em vigor.* Nos mesmos termos posiciona-se o jurista Michele Taruffo, numa crítica radical ao silogismo judicial, apoiada no simplismo excessivo do modelo silogístico, que de modo algum pode representar a operação mental do juiz. Entretanto, o mestre italiano nega uma racionalidade ao juízo e portanto finda qualquer possibilidade de individuação de um esquema lógico que se possa ter como paradigma geral do juízo mesmo. Trata-se de uma negativa à afirmação de que o juízo descenda de um procedimento lógico, no qual seria possível identificar um modo unívoco de regra que ligue premissas à conclusão. *La motivazione...*, p. 114. Para Larenz, é comumente reconhecido que os juízos de valor não são susceptíveis de confirmação científica, pois que se fundam em percepções, bem assim os juízos sobre fatos, que somente se corroboram através da experimentação e da observação, conferindo apenas convicção pessoal a quem emite o juízo: *nem o procedimento dedutivo logicamente correto garante resultados intrinsecamente adequados quando na cadeia dedutiva se introduzem premissas assentes em valorações,* in *Metodologia...*, p.02.

As leis lógicas são por sua vez formais no sentido de que não dependem da matéria do raciocínio, conferindo uma generalidade, para aplicar-se em qualquer área. Neste sentido, não haveria uma lógica “especial”, mas uma aplicação de leis ou regras lógicas, cuja correção formal poderia ser controlada mecanicamente, deixando de ser filosófica para assumir caráter de ciência rigorosa, negligenciando o estudo das variadas formas de raciocínio. Aqui se identifica a lógica a uma análise de raciocínio demonstrativo. Um argumento, por sua vez, e em especial no Direito, não é correto ou incorreto, mas é relevante ou irrelevante consoante razões que lhe justificam o emprego no caso. É por tal razão que o estudo do argumento, que o Direito não pode dispensar, não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, mas a uma teoria da argumentação.

Argumentação define-se simplesmente como *a força deste ou daquele raciocínio*¹³⁰. Ora, soluções para questões de fato, objetos de procedimento probatório, não podem resultar de raciocínios puramente formais. Em direito, não há simplesmente deduções, mas argumentações, e todo o estudo da prova em Direito que desconhecesse esta situação ignoraria exatamente o que constitui a especificidade da lógica jurídica. A lógica jurídica estuda as técnicas e os raciocínios que permitem ao julgador não somente decidir, mas motivar sua decisão. É uma lógica das controvérsias.

Os homens raciocinam para chegar a uma decisão. Na medida em que o direito é concebido como uma técnica que visa a proteger simultaneamente diversos valores, às vezes incompatíveis, a lógica jurídica se apresenta essencialmente como uma argumentação destinada a motivar decisões judiciárias. O juiz não só é obrigado a julgar como a motivar sua decisão; assim, é aconselhável que o julgador trate o direito que é imbuído de aplicar como um sistema ao mesmo tempo coerente e completo. A motivação mesma não resulta de um raciocínio puramente demonstrativo, confirmável de forma

¹³⁰ Perelman, Chaïn. Op. cit. , p. 472

absoluta (um sistema de direito não é tão formal ou impessoal), mas de uma argumentação, confirmando a liberdade do juiz no cumprir de suas funções jurisdicionais.

3.6. O raciocínio jurídico

o raciocínio do juiz, da forma como se manifesta numa sentença, seja na fundamentação ou no dispositivo. Segundo Perelman, *as análises doutrinárias de um jurista, os arrazoados de um advogado, as peças de acusação do Ministério Público, fornecem razões que podem exercer influência na decisão do juiz: apenas a sentença motivada nos fornece o conjunto dos elementos que nos permitam por em evidência as características do raciocínio jurídico*¹³¹.

O que há de especificamente jurídico no raciocínio do julgador não é a forma correta da decisão, ou uma decisão formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas, mas um padrão de raciocínio prático que visa justificar uma decisão. Assim, a sentença será justificada se resultar de sua fundamentação que a mesma está de acordo com o direito, o sistema de direito em vigor. A argumentação é o conjunto de raciocínios que apóiam, defendem ou combatem uma tese, permitindo assim uma crítica ou uma justificativa da decisão.

Todo o desenrolar de um processo visa ao convencimento do juiz, que ao final vai decidir se os fatos estão bem estabelecidos e as conseqüências jurídicas que daí se extraem. Provar, então, seria fazer conhecer ao julgador a verdade de uma alegação pela qual se afirma um fato do qual decorrem conseqüências jurídicas. Ressalte-se que a prova argumentativa nunca exclui a argumentação em sentido oposto. As teses jurídicas são fundamentadas não em provas demonstrativas, mas em argumentos, cuja força e pertinência

poderão ser diversamente apreciadas. O raciocínio jurídico não é em absoluto do tipo demonstrativo, tipificador da lógica formal, mas do tipo argumentativo.

A lógica jurídica é, portanto, uma lógica específica, comportando o estudo de esquemas argumentativos não formais, próprio do contexto jurídico. A demonstração de que se ocupa a lógica formal é impessoal, mas a argumentação se dirige sempre a um auditório, que ela se empenha em convencer. Como a lógica jurídica deve estudar o que há de específico no raciocínio jurídico, ela não pode ater-se aos estudos dos aspectos formais do raciocínio; seu papel essencial é analisar a argumentação tal como se desenvolve no contexto jurídico.

As argumentações da lógica jurídica dizem respeito basicamente ao problema das interpretações das leis. A lógica jurídica, portanto, desenvolve técnicas de argumentação específicas, utilizando-se de provas dialéticas¹³² que visam convencer ou pelo menos persuadir o auditório. O que caracteriza o raciocínio jurídico é, portanto, um vai e vem de argumentos, que implicam posicionamentos, juízos de valor, o que tem eles de relevantes ou irrelevantes para uma dada situação singular. O raciocínio dialético versa sobre o opinável, das argumentações que visam persuadir e convencer, a refutação e a justificação, indispensáveis ao estabelecimento das premissas de um raciocínio.

O resultado deste esforço mental não é de forma alguma uma teoria de demonstração formal, da qual só se teria de seguir as regras operatórias para se chegar a uma conclusão corretamente deduzida, mas uma teoria da argumentação e da controvérsia onde a força e a relevância dos motivos serão apreciadas então por um juiz. A lógica jurídica nos fornece argumentos de ordem geral ou particular, utilizáveis nas controvérsias jurídicas, mormente por ocasião de antinomias e lacunas. Fala-se de antinomias se conseqüências

¹³¹ Chaim Perelman, *op. cit.*, p. 481

jurídicas incompatíveis entre si podem ser tiradas dos textos de uma mesma ordem jurídica, numa situação particular. Há uma lacuna quando o sistema não parece justificar nenhuma solução determinada.

Quando da apresentação de suas idéias acerca dos lugares da argumentação jurídica, Perelman inicia sua exposição pela motivação das decisões judiciais¹³³. A motivação seria então tanto a indicação das razões que motivam o julgamento, quanto a exposição dos aspectos psicológicos de uma decisão. E, evidentemente, a sentença motivada é também ela uma tentativa de persuasão. A fundamentação deve trazer em si todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo que se segue.

Ao exercitar seu poder jurisdicional, pondo termo a um processo com uma sentença de mérito, o juiz fez uma escolha razoável entre várias soluções possíveis. Há sempre uma margem de apreciação; assim sendo, o juiz *opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação*¹³⁴. Detentor de um poder, em um regime democrático, o juiz deve prestar contas do modo como usa este poder, mediante a motivação, até porque a decisão é sempre uma solução de equilíbrio, dentre várias possíveis, e toda escolha deve ser justificada.

Resumidamente, motivar uma sentença é justificar uma escolha, e não simplesmente fundamentá-la de um modo impessoal e demonstrativo. A motivação deve ser persuasiva e ao mesmo tempo garantidora de um controle sobre esta mesma decisão. Micheli Taruffo também adota a idéia de escolha:

*il giudice, cioè, decide in quanto sceglie una tra le diverse soluzioni teoricamente possibili della controversia, e la decisione consiste essenzialmente nell'individuare la soluzione che nella fattispecie e nella situazione in cuui il giudice si triva, appare "più giusta" o più corretta*¹³⁵.

¹³² Em contraposição às provas analíticas, que são coercitivas.

¹³³ Chaïm Perelman, Op. cit., p.559 e ss

¹³⁴ Perelman, Chaïm. Op. cit., p.566

¹³⁵ Taruffo, Micheli, Motivazione, p. 217/218

A decisão é a consequência última da concatenação de vários atos de escolha: *sotto questo profilo, il ragionamento del giudice appare stutturato come un sistema organico di scelte, collegato secondo un certo ordine, e finalizzate alla scelta finale che coincide con la vera e propria decisione*¹³⁶.

Cada escolha condiciona a sucessiva, formando um vínculo lógico entre os diversos momentos de escolha no contexto, dando a idéia de íter decisório. Assim, a escolha é racional quando, sendo corretamente identificada a alternativa da qual esta provém, resulte de uma aplicação correta de uma certa regra de decisão.

O jurista italiano aponta a motivação como um conjunto ordenado de proposições, irreduzível a um esquema lógico que pretenda ser geral. Tomando a sentença como um discurso, Taruffo põe a proposição como seu *conceito-átomo*, proposição como o conjunto de entidades linguísticas que exprimem um juízo sobre algo, uma coisa ou estado desta coisa, objeto material ou imaterial. Como Perelman, a sentença para Taruffo é um conjunto ordenado de proposições onde o critério de estruturação regula-se exatamente pela função que o discurso pretende desempenhar.

Entre as teorias do raciocínio do juiz examinadas por Taruffo, foi posta em relevo a Nova Retórica, a teoria retórica da argumentação jurídica, que encontra específica aplicação como representação do raciocínio do juiz. Como vimos, Perelman propõe um modelo retórico-argumentativo da decisão judicial, rechaçando o modelo de natureza lógico-demonstrativa.

Divergem os juristas a partir deste ponto: a teoria retórico-argumentativa estar em grau de fornecer uma descrição completa e essencial do raciocínio jurídico¹³⁷. Micheli Taruffo defende que não se pode falar em raciocínio jurídico

¹³⁶ Taruffo, Micheli, Motivazione, p. 218

¹³⁷ Taruffo, Micheli. Motivazione, pp.192 e ss

como se se tratasse de uma categoria univocamente determinada, pois que existem diversos raciocínios jurídicos caracterizados pela situação típica no qual se encontraria o sujeito¹³⁸. Assim, distinto é o raciocínio do legislador daquele do juiz, do advogado e do jurista; são vários raciocínios jurídicos estruturalmente distintos¹³⁹.

Micheli Taruffo critica Perelman quando este último põe o raciocínio jurídico como categoria unitária, bem como quando o mestre belga utiliza o conceito de auditório universal. Objeto de crítica radical, a idéia de auditório universal é uma noção demasiado complexa, temporária, de contorno indefinido, inidônea a constituir um senso operativo ou tese de racionalidade da argumentação¹⁴⁰.

Assim, para Taruffo, não há um modelo único e exauriente para individualizar a estrutura do juízo: *é probabilmente impossibile delineare uno schema strutturalmente omogeneo ed unitario del ragionamento del giudice decisorio e giustificativo, che al contempo dice conto di tutti i momenti in cui il ragionamento stesso si articola*¹⁴¹.

A racionalidade do raciocínio do juiz não descende da existência de uma estrutura formal cogente nem de sua pretensa homogeneidade ou unilateralidade; ao contrário, a racionalidade subsiste enquanto os diversos fatores que entram em tal raciocínio têm a sua própria racionalidade, relativo aos diversos modos de operar e quando estes se organizam em um contexto flexível caso a caso, mas coerente a respeito da função a que o raciocínio do juiz é destinado a desenvolver e segundo se trate de um procedimento decisório (voltado à formulação de uma decisão racional) ou justificativo (voltado à formulação de uma motivação racional da decisão).

¹³⁸ Michele taruffo. Motivazione, p.197

¹³⁹ Chamamos atenção para a definição de raciocínio jurídico para efeitos de estudos da teoria Perelmaniana, conforme expomos.

¹⁴⁰ Michele Taruffo. Motivazione, p. 205

¹⁴¹ Michele Taruffo. Motivazione, p. 207/208

Dest`arte, a função do raciocínio do juiz é decisória ou justificativa. Assim bipartida, o modelo retórico-argumentativo, que até então era refutado para qualificar o raciocínio do juiz, põe em evidência, Taruffo é forçado a admitir, componentes que tal raciocínio forçosamente apresenta.

Concluimos que o raciocínio do juiz não resulta descritível segundo um critério qualificativo constante: é ao contrário uma entidade complexa e qualitativamente heterogênea, onde se acham segmentos definidos segundo uma ou mais formas lógicas, segundo esquema de qualificação lógica, tópica, valorativa ou retórica. O critério da unidade então seria dado pela função, se decisória, se justificativa, se formula determinada solução de um problema ou se dirigida a demonstrar, justificando, a validade de tal solução.

CAPÍTULO 4

CONCEITOS OPERACIONAIS FUNDAMENTAIS DA TEORIA GERAL DA PROVA

4.1.Procedimento probatório

O processo se inicia, segundo os ensinamentos de Guillen, por uma exposição de “aparência dos fatos” narrada por uma das partes e contradita pela outra¹⁴². A esta narração aliada à possibilidade de contradição denominamos procedimento probatório¹⁴³, mais a atividade do juiz em colher e valorar o material probatório trazido aos autos¹⁴⁴.

O procedimento na realidade é o que permite, viabiliza, a realização da cognição. Por procedimento probatório se entende o conjunto de atos tendentes a posicionar o fato controvertido segundo uma fixação formal: uma série de atos, de observação das partes e do julgador, destinados a posicionar o fato controvertido segundo a fixação formal da atividade judicial¹⁴⁵.

¹⁴² A estas aparências se trata de pô-las em contato com a realidade exterior das coisas para saber se coincide aquela versão subjetiva ou aparência narrada em juízo com a realidade do objeto narrado, nos limites que ao homem é possível chegar a conhecer a verdade, tanto por ato da parte que as expôs (alegou) como pelo próprio órgão jurisdicional¹⁴². Essa coincidência é fundamental já que o juiz, com essa superposição das aparências à realidade, intenta alcançar em grau de convicção de que a aparência alegada coincide com a existência. Subsumindo esta convicção de realidade (a respeito dos fatos exteriores) a uma norma que a preexiste, surge uma conclusão que põe fim ao litígio: sentença. Victor Fairen Guillen, *in Doctrina General del Derecho Procesal*, p. 421

¹⁴³ É atributo do sistema probatório a possibilidade de refutação recíproca de ambas as partes e, portanto, as regras do processo probatório podem ser conceituadas como o conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer seu direito de fiscalização. A primeira consequência disto é a obrigação negativa do juiz de não por na sentença fatos discutidos e que não tenham sido fixados mediante alguns destes processos postos pela lei. Couture, *in Fundamentos...*, p.170

¹⁴⁴ A instrução é o momento por excelência de desenvolvimento do procedimento probatório. É necessário o desenvolvimento de um amplo diálogo durante o processo, e mais especificamente na instrução. Efetivamente, o principal papel do procedimento probatório é garantir o êxito do diálogo, entendimento recíproco de quem fala e de quem escuta. Neste sentido fala-se do princípio da imediação, ou seja, aproximação máxima das partes entre si e entre o juiz - um encurtar de distâncias.

¹⁴⁵ Sentis Melendo tem uma posição singular acerca de procedimento probatório: *Como se produce todo esse fenómeno probatório? Com arreglo a un procedimiento . Es inevitable. Más o menos rígido, el procedimiento va unido siempre al desarrollo de todo proceso; éste se constituye por una sucesión de actos; aquél es la forma en que esos actos se realizan. Las pruebas forman parte de ese proceso: la parte mas importante del mismo; y han de ajustarse al procedimiento establecido para el. El procedimiento, en muchas abras sobre la*

O ordenamento jurídico não só limita o campo dos fatos a conhecer como também regula o processo de conhecimento do juiz¹⁴⁶. Esta regulação se sustenta em dois princípios: a) para o conhecimento do fato controvertido, o juiz não pode servir-se mais que das percepções obtidas de determinado modo, e b) o juiz não pode servir-se livremente dos fatos assim percebidos para suas deduções, senão que deve utilizá-los seguindo regras determinadas. Há um conjunto de regras relativas ao processo de apreensão dos fatos pelo julgador, que podemos classificar em princípios constitucionais relativos à prova e os princípios processuais relativos à prova.

Assim, temos como princípios constitucionais relativos à prova: a) a ampla defesa, incluindo o direito à prova e da proibição da prova obtida ilicitamente¹⁴⁷. São princípios processuais relativos à prova: a) o livre convencimento motivado do juiz, segundo o qual o juiz aprecia livremente as provas, mas deve dar as razões de seu convencimento – art. 131, CPC, b) da oralidade, segundo a qual as provas devem ser realizadas, preferencialmente, na audiência de instrução e julgamento – art. 336, do CPC, c) da imediação, segundo o qual o juiz é quem colhe, direta e imediatamente, a prova, facultada às partes reperguntar aos depoentes e as testemunhas – art. 446, II, do CPC, d) da identidade física do juiz, de acordo com o qual o juiz que inicia a colheita da prova oral deve terminar a instrução, ficando vinculado ao processo, devendo, portanto, proferir a sentença de mérito – art. 132, do CPC e e) da aquisição processual, ou da comunhão de provas como ensina Nelson Nery Jr., segundo o qual a prova, uma vez produzida, é adquirida pelo processo,

prueba, es el capítulo más frondoso de ellas. Acaso deba decirse que ocurre así, lamentablemente, porque, como vengo sosteniendo en todos mis trabajos, donde interviene y domina el procedimiento, la prueba se desvirtúa, pierde su carácter, que está determinado esencialmente por la libertad. Pero no podemos por menos de decir que esa prueba, que es verificación de afirmaciones, que se lleva a cabo utilizando fuentes, con determinados medios y con arreglo a ciertas garantías, ha de ajustarse a un procedimiento establecido, in La prueba..., p.20

¹⁴⁶ Nelson Nery Júnior, em comentários ao art. 332 do CPC, assevera que é da substância do direito material apontar as hipóteses em que se exige a prova legal, bem como a forma como podem ser provados os atos jurídicos que não exigem forma especial. É da substância do direito processual fornecer o rol dos meios de prova admitidos no processo, a discriminação detalhada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador.

¹⁴⁷ Nelson Nery Jr. aponta a impossibilidade do uso de provas obtidas por meios ilícitos e mesmo o contraditório e a ampla defesa como manifestações do devido processo legal, in *Princípios...*, p.25

não mais podendo ser dele extraída ou desentranhada, sendo irrelevante saber-se quem a produziu.¹⁴⁸

Essas regras assim postas são um problema da história do processo e da política do processo. Digladiam-se correntes tradicionais e propósitos práticos¹⁴⁹.

Couture compartimentou o procedimento probatório em oferecimento, petição e produção¹⁵⁰. Vê-se que somente a atividade das partes foi albergada em tal conceito. O procedimento probatório seria, desta forma, uma manifestação particular do contraditório: o sistema de regras do processo probatório é um conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer seu direito de fiscalização. Como não concebe o autor uruguaio processo sem debate, tampouco poderia de conceber que uma parte produzisse uma prova sem o rigoroso controle por parte de seu adversário.

Dentre os doutrinadores brasileiros, citamos José Carlos Barbosa Moreira que definiu o procedimento probatório como sendo atos pelos quais as provas são propostas, deferidas ou indeferidas, determinadas de ofício, produzidas e apreciadas¹⁵¹.

4.2. Significado legal da palavra prova

¹⁴⁸ Comentários ao art.332 do CPC, por Nelson Nery Jr.

¹⁴⁹ No tocante ao assunto, surge o problema da prova ilícita, que nos furtaremos de maiores comentários dado que foge ao propósito inicial desta investigação.

¹⁵⁰ Eduardo J. Couture, in *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p. 170

¹⁵¹ Para o jurista fluminense, procedimento probatório são os atos pelos quais as provas são propostas, deferidas ou indeferidas, determinadas de ofício pelo órgão judicial e produzidas, in *O novo processo civil brasileiro*, p.68

Diversas são as acepções possíveis para o vocábulo *prova*¹⁵². Quando falamos em prova, e em especial para efeitos deste estudo, referimo-nos a idéia de formação da convicção de alguém quanto à existência de determinados fatos¹⁵³. O juiz está envolto pelas trevas do desconhecimento da verdade dos fatos alegados, dispondo de um *minúsculo círculo de luzes*: as provas. Também podem ser entendidas como os meios de que o juiz dispõe para controlar a exatidão das afirmações, para poder formar sua convicção a respeito.

Uma outra acepção do que comumente denominamos “prova” são as fontes de prova destinadas a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo¹⁵⁴.

Carnelutti denominou prova o conjunto de regras relativas à percepção e a dedução dos fatos por parte do juiz. A fixação ou determinação dos fatos simplesmente, que pode coincidir ou não com a verdade destes e que lhes é independente. Se a busca da verdade não fosse regulada e se não houvesse um contentamento com a verdade dita formal, o processo se perpetuaria *ad infinitum*.

Sentís Melendo conceitua prova como uma verificação de afirmações, as alegações, e acrescenta: *la prueba es un concepto, y un fenómeno, metajuridico o extrajuridico, o, si se quiere, a-juridico*¹⁵⁵. Ainda das lições do

¹⁵² Maria Rita Ferragut enumera a prova como proposição prescritiva, fato, relação, procedimento e produto, in *Presunções...*, p.46

¹⁵³ Vicente Greco Filho nos diz de prova como *todo elemento que pode levar o conhecimento a alguém*, *Direito Processual Civil Brasileiro*, p.175. José Frederico Marques, por sua vez, afirma que *prova é o elemento instrumental para que as partes possam convencer o magistrado com suas alegações, pois deverá este indicar, na sentença, as razões de sua convicção*, in *Instituições...*, p.360

¹⁵⁴ Assim é que, tradicionalmente, o vocábulo prova, segundo Marinoni, *pode significar, inicialmente, os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível aqui falar-se em prova documental, prova pericial, etc.*, in *Comentários...*, p.69

¹⁵⁵ Sentis Melendo. Op. cit, p.142

jurista argentino, temos que *probar es elevar al ánimo del juez la convicción de que nuestras afirmaciones corresponden a la realidad*¹⁵⁶.

A doutrina brasileira, em sua maioria, ressalta o duplo aspecto da prova, ora apontada como atividade das partes, ora apontada como resultado do procedimento a que chega o julgador¹⁵⁷.

O significado legal da palavra prova, então, vem a ser o de comprovação da verdade de uma proposição, a exatidão de um fato afirmado. É um procedimento empregado para verificação da proposição afirmada. Na matemática, prova de um resultado de uma operação se faz mediante outra operação. Prova, também para o direito processual, é um procedimento empregado para comprovação de alegações a respeito de fatos¹⁵⁸.

Carnelutti, traçando um paralelo entre prova aritmética e prova jurídica, diz que no caso da prova aritmética, a prova (do resultado) de uma operação se faz mediante outra operação, que é a operação da prova. A prova é a afirmação acerca da existência de um fato que se faz mediante o conhecimento do fato mesmo: *o conhecimento não é a prova, mas da prova da afirmação. En este sentido, continua Carnelutti, justo es reconocer que objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales non se conocen pero se comprueban, mientras que aquéllos non se comprueban,*

¹⁵⁶ Sentis Melendo. Op. cit, p.144

¹⁵⁷ Assim temos: prova é a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, bem como o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato, tomando, pois, como prova o resultado do procedimento probatório. Ovídio Batista, Curso, p.275. Humberto Theodoro Jr., por sua vez, ensina que há dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc) e b) outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado, in Curso..., p.216. Luiz Rodrigues Wambier conceitua prova como o instrumento processual adequado a levar ao conhecimento do juiz os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional, in Curso avançado..., p.478

¹⁵⁸ Maria Rita Ferragut traz, dentre outras, a acepção de prova como procedimento, isto é, *conjunto ordenado de fatos e atos jurídicos sucessivos ou instantâneos, seqüências ou não, que visam demonstrar a ocorrência de eventos descritos em um fato. Na ciência, provar é tanto o procedimento tendente a descobrir algo desconhecido (método de averiguação) como a atividade destinada a demonstrar a verdade daquilo que se afirma como conhecido (método de comprovação), in Presunções..., p.47.*

*sino que se conocen*¹⁵⁹. No mesmo sentido, Sentís Melendo, citado por Ovídio Baptista, *os fatos não se provam, os fatos existem. O que se provam são as afirmações que poderão referir-se a fatos*¹⁶⁰.

Também Couture menciona a semelhança com a prova matemática: espécie de controle da exatidão ou erro de uma operação (fato) anterior¹⁶¹.

O conceito de prova traduz-se então no de operação: procedimento ou atividade usada para comprovação. Provas são procedimentos instituídos para a comprovação das alegações relativas aos fatos controvertidos.

Encontramos em todos os conceitos acima descritos a vinculação nítida à idéia de que *prova* relaciona-se com a construção de fatos passados, sendo a reconstrução de um fato pretérito. Por tudo o que já expusemos quando do estudo acerca de teoria do conhecimento, temos então um momento de superação deste paradigma, pela impossibilidade de reconstrução de um fato passado, partindo em busca de uma nova dimensão para conceituar prova, em consonância com os dados enunciados nas teorias do conhecimento que expusemos¹⁶².

Tomando como objeto do raciocínio jurídico a decisão judicial, encontramos o conceito de prova num aspecto argumentativo-retórico, apta a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Assim, *prova é todo meio retórico dirigido ao Estado, aos litigantes e à*

¹⁵⁹ Carnelutti, Francesco. Op. cit., pag. 39/40

¹⁶⁰ Silva, Ovídio A. Baptista. Op. cit., pag. 280

¹⁶¹ Couture, Eduardo J.. Op. cit., pag. 138/139

¹⁶² Das lições de Marinoni, temos: *vale dizer, a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se este objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a idéia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que este conceito pode variar de pessoa para pessoa - o que demonstra a relatividade desta noção. O juiz não é um historiador, se fosse, não deveria ser recrutado dentre bacharéis em Direito, mas sim entre graduados em História. Conclui o professor que qualquer dos conceitos então descritos, enquanto relacionados a paradigmas já superados do conhecimento, não se presta para uma definição real e adequada do conceito de prova: insta assim, buscar nova dimensão para situar o conceito de prova, apta a fazer frente às premissas anteriormente expostas sobre a forma do conhecimento, conforme verificadas pela filosofia atual, in Comentários..., p.72*

*sociedade, para o convencimento da validade das proposições enunciadas na decisão judicial.*¹⁶³

4.4. A prova legal

Couture definiu prova legal como sendo *aquela em que a lei determina antecipadamente ao juiz o grau de eficácia de um determinado meio probatório*¹⁶⁴. A função deste procedimento é caracterizada pelo acertamento, estável ou provisório, dos fatos, ou seja, da criação de uma certeza histórica de valor objetivo, vontade da lei, e da imposição desta ao juiz, independentemente do convencimento pessoal deste¹⁶⁵. A eficácia que o ordenamento jurídico atribui *a priori* a determinados meios de prova, dita prova legal, institucionalmente destinada a operar no processo, tem por fim constranger o juiz a fundamentar a sua decisão com elementos de fato indiscutíveis em virtude do acertamento normativo¹⁶⁶. O juízo não pode ser diferente do normativo, manifestado antes e independentemente do processo, através de uma forma legislativa. Faz o juiz abstrair-se de qualquer convicção própria¹⁶⁷.

Carlo Furno estender o conceito de prova legal, dando-lhe desde logo, fora e antes do processo, no campo do direito substantivo, a característica jurídica marcante de elemento objetivo de certeza histórica¹⁶⁸. A assertiva segundo a qual a prova interessa ao direito em geral e não somente ao

¹⁶³ Marinoni posiciona-se nos seguintes termos: *não obstante as críticas que se levantam contra essa perspectivas parece que a caracterização da prova como elemento argumentativo habilita o direito processual a dar um passo avante, no aprimoramento de seus institutos e na mais acurada percepção da realidade*, in *Comentários...*, p.74 Perelman fala por sua vez que as provas sempre referem-se a uma proposição, ou como ele denomina, uma tese, in *Retórica...*, p.64

¹⁶⁴ Couture, Eduardo J.. Op. cit., pag. 189. Micheli, por sua vez, assevera: *las reglas sobre la prueba legal concurren, pues, ya en el derecho romano, al fijar el fundamento de hecho de la decisión del juez, excluyendo su libre apreciación*, in *La carga de la prueba*, p.23

¹⁶⁵ No sistema processual civil brasileiro vige o princípio da convicção motivada do juiz, conforme extraímos do art. 131 do C.P.C., pelo qual *compete ao magistrado avaliar livremente a prova constante dos autos devendo, todavia, fundamentar expressamente as razões de seu convencimento*, Marinoni, in *Comentários...*, v.2, p.58

¹⁶⁶ Ensina Luiz Rodrigues Wambier que neste caso, *o princípio do livre convencimento motivado fica limitado, pois não pode o magistrado conhecer o fato por outro meio de prova que não o legalmente exigido. Em sentido inverso, se a prova legal existir, não pode o juiz desconhece-la*, in *Curso...*, p.480

¹⁶⁷ Mais que isso, lembra Sentis Melendo: *a legalidade da prova não se refere somente a valoração, senão também a sua proposição e admissão, quando a lei determina os meios de prova de que se pode fazer uso num juízo de maneira que os demais restam inadmissíveis ou ilegais*, in *La prueba...*, p.121

processo alcança clara evidência assim que se põe em mente o fenômeno da prova legal assim posto. A prova legal traça o perfil histórico do acontecimento e da situação pré-processual, ou seja, acertando a existência deste acontecimento e daquela situação. Possui uma eficácia antecipada e reflexa (secundária/indireta) do direito substantivo. Tudo condicionado a idéia de formação de prova antes do experimento processual. O preceito cogente da lei se subroga a convicção do juiz, e tem um valor que excede o limite do campo processual¹⁶⁹. Um valor geral, objetivo, que interessa, mesmo que indiretamente, a todo o ordenamento jurídico constituído. Daí afirmar Carlo Furno: *puó dunque affermarsi che la prova legale produce effetti di un duplice ordine: diretti, d'ordine processuale; riflessi, d'ordine sostanziale*¹⁷⁰.

Há, como resultado da prova legal, o estabelecimento absoluto de uma verdade formal, uma vez que a prova legal é disciplinada por normas imperativas, cujo desrespeito acarretará a impossibilidade de se ter como provado o fato jurídico a que esta prova se refere, e como consequência da supressão da liberdade de escolha de meio de provas pelos litigantes, há também supressão de toda e qualquer valoração judicial, exceto no que diz respeito à regularidade formal da prova.

Uma postura doutrinária inovadora vem com Sentís Melendo, para quem o fenômeno descrito acima – prova legal – não é prova¹⁷¹. Nega-lhe terminantemente a qualidade de prova, e sua fundamentação consiste na argumentação de que os fatos não se provam: os fatos existem. Os que se

¹⁶⁸ Carlo Furno, *Contributto...*, p- 162 e ss.

¹⁶⁹ Chiovenda. Citado por Sentís Melendo, definiu prova legal nos termos de atividade substitutiva: o legislador se substitui ao juiz na apreciação dos elementos probatórios, *esto es, sentencia el legislador, in La Prueba...*, p.123

¹⁷⁰ Furno, Carlo, op. cit. pag-165

¹⁷¹ Assim, *prueba legal es una expresión que, frente a la de prueba libre, quiere representar los dos extremos de una línea, in La prueba...*, p.120 e mais adiante: *para nosotros, la prueba legal non és una prueba; no es que el juez valore em forma obligada, non es cuestión de valoración; el juez no valora, in La Prueba...*, p.126

provam são as afirmações, que podem se referir a fatos¹⁷². Vejamos o item que se segue.

4.5. Objeto da prova

É comum a identificação do objeto da prova no fato. Especificamente, fatos relevantes para o conhecimento da verdade das alegações. Das lições de Michele Taruffo, *oggetto della prova è il fatto specifico, principale o secundario, che viene indicato in sede di deduzione della prova stessa*¹⁷³. O interesse público na justa realização das normas jurídicas é, por sua vez, objeto de apreciação nos chamados pressupostos processuais¹⁷⁴.

Tais fatos relevantes, objetos de prova, têm de estar controvertidos: afirmados por uma das partes, mas não admitidos pela outra, *a contrario sensu* do disposto no art. 334 do CPC: *não dependem de provas os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária*.

Há doutrinadores, entretanto, que afirmam que o objeto das provas são os enunciados prescritivos: *se prueben afirmaciones. La prueba es verificación; y la verificación se ha de referir a afirmaciones*.¹⁷⁵ Aqui julgamos ser importante e por, ainda que sucintamente, a distinção entre evento e fato jurídico adotada por Maria Rita Ferragut, baseada nas lições de Paulo de Barros Carvalho.

¹⁷² Las afirmaciones, normalmente, generalmente, se refieren a hechos; de ahí viene la confusion que hace decir que se prueban hechos; de ahí viene también la confusion de que aparezca en algún precepto legal la idea de que, en determinadas circunstancias, las norma jurídicas son hechos; y que se diga que el derecho hay que probarlo, in La Prueba..., p.13

¹⁷³ Michele Taruffo, in *Motivazione...*, p. 207/208. *No mesmo sentido: os fatos alegados pelas partes, referentes a eventos ocorridos em lapso temporal necessariamente anterior á alegação, constituem o objeto da prova*, Maria Rita Ferragut, in *Presunções...*, p.48. Também Luiz Rodrigues Wambier: *deve-se provar os fatos, não o direito*, in *Curso...*, p.481

¹⁷⁴ Na ausência de pressupostos processuais, impõe-se a extinção do processo, conforme art. 267, IV, do CPC. Nelson Nery assim os enumera: p.530

¹⁷⁵ Sentís Melendo, in La Prueba..., p.14

Os eventos são os objetos da experiência: são tudo aquilo acerca do que fazemos afirmações, emitimos enunciados. Na linguagem ordinária, sustenta a autora, os eventos são as situações, as ocorrências que acontecem no tempo e no espaço, e que são perceptíveis pelos sentidos humanos, já os fatos são os enunciados lingüísticos sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações. O que realmente sabemos sobre os eventos são as versões, concretizadas por meio da linguagem que os descrevem e que os transformam em fatos. Assim, os fatos são descritos por enunciados elaborados segundo regras impostas pelo sistema – procedimento probatório – e submetidos às provas.¹⁷⁶

Neste sentido faremos referência às máximas de experiência e a questão da utilização do saber privado do juiz.

A questão referente ao saber privado do juiz é o primeiro ponto a examinarmos com relação aos fatos que não podem constituir-se objeto de prova. O problema apresenta-se desta forma: que valor tem no processo os fatos que o juiz conheceu ou conhece fora dele, como pessoa privada e que não são introduzidos no processo por meio de um ato processual. Como nos ensina Friedrich Stein, a questão do saber privado do juiz se refere à forma ou modo como o juiz adquiriu tal saber¹⁷⁷. O grande obstáculo a sua utilização é a impossibilidade de influência das partes, o que colidiria com o princípio do contraditório necessário entre os litigantes, adotado em nossa sistematização processual civil.

A noção de ciência privada do juiz confina com a idéia do conhecimento de conceitos que se adota não somente no patrimônio mental e cultural do juiz, mas no de toda a comunidade: as máximas de experiências (premissas

¹⁷⁶ Maria Rita Ferragut, in *Presunções...*, p.31/32

¹⁷⁷ Stein, Friedrich. El conocimiento privado del juez, p.99. Sentís Melendo, citando Friedrich Stein, ensina: *el juez que conociera lo ocurrido, que lo supiera con todos sus detalles, parece que habría de ser el mejor juez del proceso por ser el mejor informado. Pero también sería el más peligroso: son cosas distintas ser juez y*

de racionalidade do convencimento do juiz, determinadas pelo valor de sua probabilidade) ou *el tesoro de su experiencia de la vida*, como conceituou Friedrich Stein¹⁷⁸.

As chamadas máximas de experiência, que não são objeto de prova, são definições ou juízos hipotéticos de qualquer conteúdo, independente do caso que se examina no processo concreto e dos fatos que o compõem, obtidos da experiência ou da ciência, mas não vinculados, como se disse, a casos singulares. Couture as adotou como a *apreciación lógica de ciertas conclusiones empíricas de que todo o homem se serve para movimentar-se na vida*¹⁷⁹.

De qualquer maneira, para efeitos doutrinários de continuidade deste trabalho, sigamos nosso itinerário adotando como objeto da prova os fatos. Até porque o que nos interessa agora são quais os fatos excluídos do procedimento probatório.

Dispensa-se assim, a produção de material probatório, de fatos não controvertidos ou confessados: isentam de prova tais fatos, por uma atividade das partes, que assim os excluem do procedimento probatório. Quando

ser testigo; quien tiene que actuar como testigo, que no pretenda ser juez; y viceversa, in La Prueba..., p.230.

¹⁷⁸ Stein, Friedrich. El conocimiento privado del juez, p.44

¹⁷⁹ Couture, Eduardo J.. Op. cit. pag. 194. Victor Guillen, tomando-as como “as máximas de princípio da ciência e da experiência” acrescenta que tais idéias surgiram no ordenamento jurídico espanhol como regras de crítica são, regras de critério humano, regras de critério racional, como *una categoría, basada en hechos, que se halla entre éstos y la norma jurídica, siendo, a nuestro entender, normas no jurídicas: por lo tanto, si el juez, en su cultura media, las ignora, por ser específicas de un campo científico, técnico o práctico, fuera de su alcance, deben ser sujetas a prueba, prueba que será seguramente la pericial*¹⁷⁹.in *Doctrina generale...*p.440 . As máximas de experiência, portanto, quando utilizadas, não representam objeto de prova. Nelson Nery Jr., em comentários ao art.335 do CPC, admite as máximas de experiência, com o seguinte sentido: *os costumes são fontes de direito e distinguem-se das máximas de experiência: estas representam juízos de valores, tanto na aplicação da lei, como na aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, juízos de valores estes individuais. Embora individuais adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social.*

admitidos, isto é, não impugnados os fatos alegados pelo adversário, adota-se o princípio de economia de esforços que de resto são desnecessários¹⁸⁰.

Os fatos notórios também não são objeto de prova, assim entendido os de conhecimento por um círculo de pessoas de cultura média, em geral, não sendo um conceito jurídico específico. A notoriedade não é um conceito jurídico específico. Calamandrei assim os definiu: *para que un hecho pueda considerarse notorio en sentido proprio no basta que ele mismo sea conocido por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar que se produce la decision; no es el conocimiento efectivo el que produce la notoriedad, sino la normalidad de este conocimiento en el tipo medio de hombre pertenecente a un cierto círculo social y por esto dotado de una cierta cultura*¹⁸¹.

São ainda objetos fora de prova os fatos protegidos por presunção legal (todas as operações de elaboração da presunção foram efetuadas pela lei), como adiante se estudará.

4.6. Sistema de apreciação das provas

Na avaliação do experimento probatório se desenvolve o trabalho intelectual do juiz. O julgador pesa e estima as provas, extraíndo (*criando*) a verdade. Tal trabalho intelectual não pode ser desordenado, arbitrário: deve

¹⁸⁰ Como a atividade probatória representa um encargo – e como tal significa demora na prestação da tutela jurisdicional – há fatos que o sistema retirou do círculo da necessidade probatória. Assim, independem de prova os fatos incontroversos porque sobre eles as partes não discutem: *são concordes quanto à ocorrência do fato*, Wambier, in *Curso...*, p.482.

¹⁸¹ Calamandrei, apud Victor Fairen Guillen, in *Doctrina General del Derecho Procesal*, pag. 436. Seentís Melendo nos alerta que *la notoriedad no es un concepto tan pacífico que pueda darse por recibido sin discusión*, in *La Prueba...*, p.131. Wambier no mesmo sentido assevera: *o conceito de fatos notórios não é unânime na doutrina. Alguns afirmam que são notórios os fatos de conhecimento geral, como datas históricas ou os acontecimentos notavelmente relevantes. Outros restringem o conceito de fatos notórios à região onde o litígio se instaurou, afirmando que são aqueles de que se tem notícia no local onde caberá o julgamento*, in *Curso...*, p.483. Nelson Nery Jr. diz que *fato notório é o de conhecimento pleno pelo grupo social onde ele ocorreu ou desperta interesse, no tempo e no lugar onde o processo tramita e para cujo deslinde sua existência tem relevância*, in *Código Civil comentado*, p.618.

seguir um critério. No tocante ao estabelecimento deste critério temos três sistemas: positivo ou legal; livre convicção; persuasão racional¹⁸².

Para avaliar os sistemas de apreciação das prova, o prof. Ovídio Baptista abandona a noção de prova como atividade da parte, fornecedora ao juiz de elementos formadores de sua convicção, para adotar a idéia de prova como o resultado de toda esta atividade, porque somente assim a classificação se justifica¹⁸³.

No sistema de prova legal, com já vimos, a função do juiz consistia em assistir ao experimento probatório declarando o seu resultado. As provas teriam o valor pré-fixado na lei, cada uma com valor inalterável e constante, previstos na legislação, e por isso não era lícito ao juiz apreciá-las senão na conformidade da eficácia que a lei lhes atribuía. Exclui de todo ao juiz o poder de deliberar segundo a convicção que as provas lhe transmitiam¹⁸⁴.

Ao contrário, no sistema de livre convicção ou da íntima convicção, o juiz estaria soberanamente livre quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. A verdade é acertada na consciência do juiz, que não é para isso vinculado a qualquer regra legal.

¹⁸² Sentís Melendo nos dá notícia de dois sistemas de fixar os fatos na sentença: uno de esos sistema lo constituye la denominada prueba legal que no es tal prueba, puesto que nada tiene de libertad y em nada permite la actuación del juez, sino que está constituida por un conjunto de normas o reglas mediante cuya aplicacion indiscutible por el juez quedan fijados aquellos hechos o admitidas las afirmaciones que los contienen. El otro sistema está representado por la libertad de convicción del juzgador, que puede llegar a ser, o denominarse, libérrima o íntima, pero siempre mediante utilización de normas de sana crítica o de prudente apreciación que permitirán llegar a una convicción libre o persuasión racional, viendo en aquellas unos medios de llegar a éstas como fines, in La Prueba..., p.272.

¹⁸³ Silva, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., pag. 248

¹⁸⁴ Dellepiane traz as seguintes lições: *o sistema das provas legais, cuja característica é entravar a consciência do juiz, reinou como soberano na legislação de todos os países durante uma dilatada época e constituiu uma fase interessante na evolução do direito processual. Em fins do século XVIII o sistema tocara ao seu apogeu e, minado desde então pela crítica filosófica, começou logo a decair: no terreno criminal, com a instituição do júri; no domínio comercial, graças à introdução do princípio da liberdade da prova. E acrescenta: a tendência atual, em todas as legislações, é no sentido de dar liberdade ao juiz para apreciação do valor ou força da prova, in Nova Teoria da Prova, p.43*

No sistema de persuasão racional ou convencimento racional, o juiz, inobstante apreciar as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, utilizando-se de regras de lógica jurídica e de regras de experiência. Tanto que faz parte da estrutura da sentença a fundamentação da decisão. Tal é o sistema do CPC, na regra posta no art. 131 - o juiz não está sujeito de forma absoluta a seguir regras que atribuam valor qualitativo aos meios de provas. O julgador tem a faculdade de atribuir-lhes à eficácia que resultar da influência exercida na sua consciência.

O juiz pode, portanto, atribuir o valor que tiver por conveniente às provas reguladas pelo CPC e sua liberdade se manifesta até em poder deferir ou não a produção delas, ou seja, admiti-las ou não. O disciplinamento da prova predominantemente vem regulado no CPC quanto aos meios de prova e sua admissibilidade pelo juiz, a sua produção pelas partes e excepcionalmente pelo juiz, e o ônus da prova e sua valoração.

Esta distinção fica prejudicada se tomarmos as novas doutrinas acerca da verdade jurídica que já expusemos, pelas mesmas razões expostas no item 2 deste capítulo.

4.7. Prova direta e indireta.

A prova se apresenta, como já vimos, sob dois aspectos: *o primeiro é estático, relativo ao direito substancial, como certeza dos fatos fixada pela prova considerada como resultado, e o segundo é dinâmico, relativo à efetiva averiguação de um fato que é trazido para os autos de um processo, em que atuam três partes: uma que alega, outra que a admite como verdadeira ou que*

*a imputa como falsa, e finalmente, uma terceira, que conhece, esclarece e reconhece juridicamente o evento descrito no fato como ocorrido ou não*¹⁸⁵.

Considerando essa terceira parte como o julgador, temos que só lhe é possível conhecer diretamente dos fatos se forem os mesmos presentes e permanentes. Quando o fato jurídico é passado e passageiro não pode ser diretamente percebido pelo juiz, senão que há de ser conhecido por ele mediante a percepção do outro fato, do qual pode deduzir a existência do mesmo (fato a provar) com a ajuda de regras de lógica e da experiência. Estamos falando da classificação das provas em diretas ou indiretas, baseada na coincidência ou divergência do fato a provar (objeto da prova) com o fato percebido pelo juiz (objeto de sua percepção). Segundo esta classificação, há uma separação da idéia de objeto da prova (fato controvertido) e objeto da percepção pelo juiz¹⁸⁶.

Na prova direta (ou prova tipo simples) há um contato imediato entre o juiz e a fonte de prova. O meio de conhecimento é, pois, uma atividade de juiz: o fato representante (fonte de prova) é percebido diretamente pelo juiz. A prova indireta por sua vez se dá quando o juiz não percebe o fato a provar, mas um fato diverso deste; na prova indireta o fato representante é deduzido de fato diverso (fonte de prova). O tipo complexo da prova indireta mostra, ao contrário da prova simples, a separação entre o juiz e o fato a provar, posto que o contato se estabelece por um fato intermediário, elo de ligação entre os dois; atividade do juiz mais fato exterior, sobre o qual se exercita atividade perceptiva e dedutiva. A complexidade da prova indireta traduz-se na existência um fato intermediário que é instrumento da dedução do fato a

¹⁸⁵ Maria Rita Ferragut, in *Presunções...*, p.45/46

¹⁸⁶ Dellepiane também elenca a classificação das provas em diretas e indiretas, classificando de direta as provas pericial, a confissão, a verificação judicial, as testemunhas e a prova literal, e como prova indireta a prova indiciária, assim expondo: *a base desta distinção reside em que, entre as primeiras e o fato sobre que depõem ou que demonstram, não se intercala fato algum diferente; enquanto que, tratando-se da última, sim, se intercala. Se chamarmos P a uma prova direta qualquer, h a um fato indiciário e H ao fato que se trata de reconstruir, teremos que nas chamadas provas diretas, p leva a H sem intermédio algum, o que não ocorre no caso da chamada prova indireta ou indiciária. Nesta teremos três termos: 1º P, isto é, uma prova direta que leva a h, fato indiciário, intermediário, o qual, por sua vez e*

provar. Dois são os fatores do processo probatório: atividade do juiz e fato que, por meio desta atividade, serve para procurar o conhecimento do fato a provar.

4.8. Fontes e meios de prova: distinção de Carnelutti

O primeiro jurista a adotar a distinção entre fontes e meios de prova foi Francesco Carnelutti. Fontes de prova seriam os fatos percebidos pelo juiz e que servem para dedução do fato a provar. Fontes de prova seriam então o testemunho, o documento e o indício, as três fontes típicas de prova. Sua qualidade de fonte, ensina-nos o mestre italiano, *conciste en que de ellas deriva, bajo la acción de la regla de experiencia, un argumento para estimar la existencia o la inexistencia del hecho a probar*¹⁸⁷. A testemunha, o documento e o indício são fatos dos quais o juiz deduz, mediante regras lógicas, o fato a provar: são os *factos meios*.

Carnelutti identifica como meio de prova a atividade do juiz por intermédio da qual procura, infere, o julgador o conhecimento do fato a provar, ou seja, a fonte de prova. Por meio de prova denominou as formas de integração da atividade do juiz: a percepção, a indução e a dedução¹⁸⁸.

Em obra de sua lavra, Sentís Melendo, apontando Carnelutti como quem primeiro nos falou da distinção de fontes e meios de prova, ressalta: *la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad; el medio de prueba lo constituye la actividad del juez desarrollada en el proceso*¹⁸⁹. Assim, as partes dispõem das fontes e o juiz dirige os meios.

mediante una inferencia, conduz a H, fato principal, fato cuja existência se trata de estabelecer, in Nova Teoria da Prova, p.59.

¹⁸⁷ Francesco Carnelutti. *Da Prueba Civil*, p. 195

¹⁸⁸ Sentís Melendo, citado por Ovídio Baptista, considera relevante a distinção entre fontes e meios de prova, considerando as primeiras como um conceito meta jurídico, na medida em que as fontes de prova existirão independentemente de sua eventual utilização em um eventual processo, ao passo que seu emprego no processo transformará as fontes em meios de prova. *In Curso...*, p.288

¹⁸⁹ Sentís Melendo, citando ademais uma inversão feita por Jaime Guasp. Op. cit, p 151

No conceito de fontes de prova assim posto, temos desde já que o mesmo contém em si um outro conceito, qual seja o de representação: fatos percebidos pelo juiz e que lhe servem para a dedução do fato a provar, posto que representam este mesmo fato. Tal conceito, adiantamos, é conceito meta jurídico, que corresponde forçosamente a uma realidade anterior e estranha ao processo.

Clara a distinção quando concluímos que fonte existe ainda que não haja processo. A fonte é o que temos antes do processo e com alguma independência dele. Meio é a atividade desenvolvida *no* processo para que essas fontes se incorporem ao mesmo: são atividades intelectuais¹⁹⁰.

4.9. Provas em espécie

Ao tratar da produção das provas, a doutrina brasileira segue a ordem sistematizada no Código de Processo Civil¹⁹¹. Seguindo esta postura mais pragmática, iniciamos este item estudando o depoimento pessoal e a confissão, para em pós examinarmos a prova documental, a prova testemunhal e a pericial, por fim a inspeção judicial, de forma tão breve e sucinta quanto nos parece necessário para fins desta pesquisa.

O depoimento pessoal decorre de um ato da parte, em relação a outra, que requer ao juiz para que esta, na instrução oral do processo – na audiência de instrução e julgamento – venha depor.

O depoimento é o testemunho prestado em juízo por quem é parte na própria causa. Presta-se a obtenção da confissão e deve ser proposto pela

¹⁹⁰ Victor Fairen Guillen, adotando a distinção de Carnelutti, amalgamou os dois conceitos. Assim, para o jurista italiano, *la fuente existirá, aunque no haja proceso (así, un documento que pre-existe a cualquier proceso pero fuera de ellos); para que sea prueba deberemos aportarlo al proceso como medios y a través de los medios admitidos por el proceso. El testigo conoce los hechos aún antes de producirse un proceso - la fuente - pero sólo repercutirá em el proceso si lo introducimos como medios. E assim conclui o jurista que los medios de prueba son la exteriorización procesal de las fuentes, in Doctrina General... p. 428*

parte que tiver interesse na sua produção ou pelo juiz, de ofício. Ato personalíssimo, uma vez que somente a parte pode confessar¹⁹².

Confissão, por sua vez, é a declaração que uma parte faz da verdade dos fatos que, a um só tempo, lhe são desfavoráveis e favoráveis ao adversário¹⁹³. Há o reconhecimento da verdade dos fatos, exonerando o adversário do ônus de prová-lo¹⁹⁴.

Para tanto, todo aquele que confessa deve ter capacidade civil para obrigar-se, uma vez que a confissão importa na perda de algum direito. O reconhecimento sempre se refere aos fatos ocorridos no passado, provando uma obrigação anterior e preexistente. Não é o reconhecimento que gera a obrigação, que existia anteriormente ao reconhecimento. O instituto é dotado de um fundamento de ordem psicológica.

Passemos ao documento. Luiz Rodrigues Wambier conceitua documento como todo objeto capaz de cristalizar um fato transeunte, tornando-o, sob certos aspectos, permanente. O documento tem a função de tornar fixo, estático, o momento da vida humana.¹⁹⁵.

¹⁹¹ Assim sistematizaram-se José Carlos Barbosa Moreira no *Novo Processo Civil Brasileiro...*, Luiz Rodrigues Wambier no *Curso Avançado...*

¹⁹² Moacyr Amaral dos Santos ensina que *consiste o depoimento pessoal no testemunho da parte em juízo. Por meio do interrogatório, a que é submetida, sobre os fatos alegados pela parte contrária, e mesmo sobre os fatos por ela própria deduzidos em seus articulados, visa-se, por um lado, aclarar-los, e, por outro, provocar a sua confissão. Esta segunda finalidade é a que caracteriza o depoimento pessoal que, em verdade, é instituto destinado a provocar a confissão da parte, ou mesmo a proporcionar-lhe ocasião para fazê-la, in Primeiras linhas...*, p.438.também neste sentido é o comentário de Nelson Nery Jr. ao art. 343: *é o meio de prova que tem como principal finalidade fazer com que a parte que o requereu obtenha a confissão, espontânea ou provocada, da parte contrária sobre fatos relevantes à solução da causa.*

¹⁹³ Há confissão quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário – art. 348 do CPC.

¹⁹⁴ Não implica necessariamente a procedência do pedido, pois alcança somente o fato alegado, segundo Wambier, in *Curso avançado...*, p.504. Assim também encontramos em José Carlos Barbosa Moreira: *não se confunde a confissão que versa exclusivamente sobre fatos e pode ser feita por qualquer das partes com o reconhecimento da procedência do pedido, que tem por objeto a própria pretensão do autor e só pode emanar do réu, ou de alguns dos litisconsortes passivos, in Novo Processo...*, p.72

¹⁹⁵ *Curso Avançado...*, p.510, e acrescenta: *é certo, o documento é formado para acreditar um fato, ou melhor dizendo, representá-lo, e portanto é necessariamente posterior a este.O fato, que acontece e desaparece, torna-se permanente retratado no documento que exatamente a isso se presta.*

Formar um fato e documentar este mesmo fato são dois momentos distintos, duas condutas individualizáveis. O documento é formado para acreditar o fato, ou melhor dizendo, representá-lo, e portanto necessariamente posterior a este. O negócio e o documento não são uma coisa só. O negócio é ato e o documento é o objeto¹⁹⁶.

O testemunho, por sua vez, é a narração de um fato que constitui uma experiência do narrador a declaração testemunhal sempre diz respeito a algo já acontecido.¹⁹⁷ A narração é em si uma trama de juízos. No caso do testemunho, este juízo se forma perante o juiz e para o processo, na ausência do elemento real do juízo, pois este pertence ao passado. Há a narração de um fato objeto de percepção da testemunha, que por sua vez é objeto de percepção do juiz (a narração). A testemunha comunica seu pensamento para representar um fato: uma representação atual de um fato passado. A testemunha é pessoa distinta dos sujeitos processuais. Deve ser chamada e capaz de depor – art. 405 c/c art.412 do C.P.C.

A prova testemunhal, embora muito utilizada, é sabidamente sujeita à imprecisões, justificando a reserva que o CPC tem para com o uso da prova testemunhal¹⁹⁸.

A perícia, por sua vez, é a fonte de prova destinada a esclarecer o juiz sobre circunstâncias relativas a fatos conflituosos que envolvem conhecimento específico, técnicos ou científicos.

¹⁹⁶ Assim, para a existência do negócio não é necessária a existência do documento no momento da formação do negócio mesmo. Uma compra e venda pode se dar sem necessidade de documentação. Agora, no caso de existir um processo cuja lide pendente verse sobre esta mesma compra e venda, portanto posterior ao momento da realização suposta do negócio, aqui sim o documento é prova absolutamente necessária à existência do negócio, mas no momento do processo. A existência do negócio não pode confundir-se com o fato formado para acertá-lo.

¹⁹⁷ Para Marinoni, *mesmo que o objetivo da parte seja a prova de um fato futuro, o que pode ser demonstrado através da declaração testemunhal é apenas algo passado, que possa demonstrar que o fato pode acontecer no futuro, in Comentários...*, vol. II, p.262.

¹⁹⁸ Segundo Larenz, qualquer jurista prático sabe quão inseguras são, o mais das vezes, as declarações das testemunhas: deficiência de percepção, de interpretação e de memória, imprecisão de expressão, e, também, com frequência, a mais ou menos inconsciente tomada de partido da testemunha – abstraindo das declarações conscientemente falsas – prejudicam seu valor, in *Metodologia...*, p.367

Vittorio Denti, *in Un Progetto per la Giustizia Civile*, aponta como problema central da prova pericial a relação existente entre a valoração do juiz e a do próprio perito no accertamento do fato. Em nosso ordenamento, o juiz tem a liberdade de valoração frente ao resultado da perícia, e pode discordar da conclusão a que tenha chegado o perito.¹⁹⁹

Concluimos esta exposição das provas em espécie com a inspeção judicial. Tal prova está fundada na idéia de que muitas vezes só a observação pessoal é capaz de ministrar ao julgador elementos sólidos de convicção acerca do ponto duvidoso da matéria de fato.²⁰⁰

É tipo de prova facultativo, que fica a critério do juiz, como subsidiário, uma vez que o art. 440 fala em o juiz *esclarecer-se sobre os fatos*, pelo que notamos a intenção do legislador em restringir o uso de tal instituto, cabível apenas quando o juiz verificar que restam dúvidas que podem ser resolvidas mediante inspeção, facultando-lhe a assistência de um ou mais peritos.

4.10. Presunção e indício

Ao tema da prova indiciária reservou-se especial tratamento uma vez que está ligado, em sua origem, ao tema das provas nos novos modelos processuais.²⁰¹

¹⁹⁹ O art. 436 do CPC honrou o princípio do livre convencimento motivado e tal posicionamento sistemático tem conseqüências reflexas na perícia. Assim, o juiz não está adstrito ao resultado do laudo pericial. No sentido temos: *meio de prova que é, a perícia não se sobrepõe a outras provas, podendo o juiz valorá-la em consonância com os outros elementos constante dos autos. Mesmo nos casos em que a perícia é obrigatória, pode o juiz analisar livremente toda a prova produzida, servindo o laudo como apenas mais um elemento para o conhecimento dos fatos, in Curso..., p.538*

²⁰⁰ *Ernani Fidélis dos Santos conceitua inspeção judicial como o exame direto que o juiz faz sobre pessoas ou coisas relacionadas com o litígio, para, pessoalmente, através dos próprios sentidos, conhecer o fato ou completar seu conhecimento sobre ele, in Manual..., p.493*

²⁰¹ Filiamo-nos a corrente doutrinária inaugurada por Dellepiane na Nova Teoria da Prova, que assim se manifesta: *tempo houve em que se desconheceu a importância da prova indiciária e em que se a considerava como um atributo semi-divino, como a máxima expressão da sabedoria (juízo salomônico). Relegada, em longes épocas, a um papel sumamente secundário, se a colocava ao nível das provas naturais imperfeitas, como o depoimento de testemunha e a confissão extra-judicial, etc. Desde então até nossos dias, a prova indiciária percorreu um longo trajeto através do qual a sua importância tem-se ido acrescentando cada vez mais, tanto na doutrina quanto na legislação. O seu papel tende a tornar-se sempre*

A partir das noções aqui expostas, veremos como as presunções prestam-se a uma espécie do gênero *redução do módulo de prova*, aplicação prática da técnica de diminuição das exigências legais e judiciais sobre o atingimento da verdade, sobre a robustez das provas apresentadas para considerar-se um fato ocorrido. As presunções são institutos de natureza processual probatória: são uma técnica para suprir uma lacuna na material de fato.

A qualidade de fonte de prova, como vimos, consiste em que delas deriva um argumento para estimar a existência ou inexistência de fato a provar. Vimos que as fontes de prova por excelência são o documento e o testemunho, restando a examinar as provas cuja fonte é o indício. Este último será objeto de apreciação deste item, juntamente com as presunções, termos inseparáveis.²⁰²

Vimos também que as provas diretas fornecem ao juiz uma idéia objetiva do *factum probandum* (contato imediato entre o juiz e a fonte de prova). Ao contrário da prova indireta onde há referência a outro fato (fato representativo) que com ele (fato representado, objeto da prova) se relaciona e de cujo conhecimento poder-se-á, através do raciocínio, chegar ao conhecimento do segundo. O juiz conhece o fato indiretamente, guiado por uma série de raciocínios lógicos. Um fato, pois, está a indicar a existência de outro. E aqui entra o indício.²⁰³

mais considerável, em razão dos descobrimentos científicos. Esse prestígio se acrescenta por duplo motivo: não só pelo maior crédito concedido aos indícios como também pela desconfiança que começam a inspirar as provas antes estimadas em alto grau, como a testemunhal e a literal, in Teoria..., p.65/66

²⁰² Marinoni assevera: *de toda sorte, não é difícil imaginar que, em certas oportunidades, os elementos de que dispõe o magistrado para julgar certa demanda que lhe é apresentada não são capazes de representar nenhum dos fatos componentes do suporte fático que legitimaria porém gravitam em torno destes fatos, induzindo o juiz (ou por vezes o legislador) a convencer-se de que tais fatos (objetos da causa de pedir) efetivamente ocorreram. A situação, com efeito, não é rara e é precisamente para lidar com tais hipóteses que se apresenta o tema das presunções, in Comentários..., p.134*

²⁰³ Maria Rita Ferragut, em monografia sobre o tema, traz à colação: *a prova indiciária é uma espécie da prova indireta que visa demonstrar, a partir da comprovação da ocorrência de fatos secundários, indiciários, a existência ou a inexistência do fato principal. Para que ela exista faz-se necessária a presença de indícios, a combinação dos mesmos, a realização de inferências indiciárias e, finalmente, a conclusão destas inferências, in Presunções...,p.50*

Indício é prova em estado potencial, tornando-se fonte de prova por uma operação mental. Segundo Larenz, *entende-se por indícios aqueles fatos ou eventos que em si mesmos não fazem parte da situação de fato em apreço, mas nos permitem uma inferência sobre um evento a ela pertinente*²⁰⁴. Um fato se converte em indício quando uma *regra de experiência* se põe como um fato a provar em uma relação lógica, que permita *deduzir* a existência ou não existência deste fato²⁰⁵. Daí ser reconhecida ao indício a qualidade de fonte de prova, pois conduz por inferência ao conhecimento do fato desconhecido. O resultado positivo desta operação é a presunção. A presunção então compreende um processo lógico: forma-se por via do raciocínio do legislador ou do juiz²⁰⁶.

As presunções podem ser classificadas como presunções judiciais ou simples (hominis) e presunções legais, que seria por sua vez absolutas ou relativas²⁰⁷.

No caso das presunções judiciais (ditas hominis), a atividade probatória foi incapaz de ministrar diretamente elementos bastantes à convicção; mas nos autos há material probatório suficiente para qual o juiz se convença de ter

²⁰⁴ Karl Larenz. Metodologia..., p.368. Dellepiane nos ensina que *indício é todo rastro, vestígio, pegada, circunstância, e, em geral, todo fato conhecido, ou melhor dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos conhecidos, in Nova Teoria..., p.67*. Para Maria Rita Ferragut, *indício é todo vestígio, indicação, sinal, circunstância ou fato conhecido aptos a nos levar, por meio de raciocínio indutivo, ao conhecimento de um outro fato, não conhecido diretamente, in Presunções..., p.50*. Ressalte-se que sua verificação é possível por meios probatórios normais.

²⁰⁵ Dellepiane trata com apuro da inferência indiciária, *in Nova Teoria...*, pp.69 e ss, aí questionando a natureza de indução a tal inferência. Das lições de Maria Rita Ferragut: *conhecido o indício, deverá ser efetuada a operação lógica de subsunção de seu conceito, com os critérios previstos numa regra geral e abstrata, por força do qual o indício adquirirá relevância jurídica, ou seja, construir-se-á no antecedente de um enunciado jurídico prescritivo que implicará juridicamente, uma conclusão, cujo conteúdo é o fato principal, in Presunções..., p.51* Maria Rita também admite o auxílio das regras de experiência, a partir das quais é possível saber se a relação existente entre o antecedente e o conseqüente do enunciado é constante ou ordinária, para ao final concluir: *a relação presente nas inferências indiciárias é ordinária, pois, por mais provável que a conclusão seja, considerando-se as regras de experiência e a indução lógica, pode ocorrer do evento descrito no fato indiciado não ser verdadeiro*.

²⁰⁶ A presunção nada mais é que uma técnica concebida para possibilitar o alcance do conhecimento indireto do fato. Não há em nosso ordenamento uma definição legal do que seja uma presunção, como há no Código Civil italiano, que conceitua: art.2.727: *as presunções são as conseqüências que a lei ou o juiz extrai de um fato conhecido para remontar a um fato ignorado – le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*.

²⁰⁷ *Conforme a inferência do fato probando através do fato provado se dê pelo juiz ou pelo legislador, costuma-se falar em presunções judiciais e presunções legais. Esta última categoria comporta, ainda, uma subdivisão, estabelecidas entre*

ocorrido fato diverso, relacionado com aquele que constituiria *thema probandum*²⁰⁸.

A relação entre os dois fatos (o conhecido e o desconhecido) é tal que da existência do primeiro se possa logicamente inferir a existência ou não do segundo, senão com absoluta certeza pelo menos com forte dose de probabilidade. O resultado do raciocínio do julgador é a presunção judicial: o juiz presume que ocorreu o fato X porque sabe que ocorreu o fato Y. As presunções hominis têm de adotar a noção de presunção do senso comum: estão abandonadas à prudência do magistrado e dependem inteiramente de sua convicção íntima.

Para José Carlos Barbosa Moreira a presunção hominis não é meio de prova (fonte) porque o que se adquiriu foi novo conhecimento, exclusivamente no intelecto do juiz. O juiz assenta se o nexó entre dois fatos é suficiente a justificar a inferência que se pretende tirar do primeiro (indício) a respeito do segundo (resultado da presunção – ou melhor, do raciocínio lógico presuntivo²⁰⁹). Daí a denominação de prova indiciária adotada por alguns doutrinadores. Assim, afirma o autor:

em termos sintéticos, poder-se-ia dizer que a prova (documental, testemunhal etc) é o ponto de partida, é algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de certo fato, ao passo que a presunção judicial é o ponto de chegada, já que corresponde ao conhecimento adquirido²¹⁰.

as presunções relativas (iuris tantum) e as absolutas (iure et de iure). Nas primeiras, é usual dizer, admite-se a prova em contrário da presunção, o que não é factível na segunda espécie, Marinoni, in Comentários..., p.135/136

²⁰⁸ Marinoni cita Proto Pisani ao conceituar a presunção hominis: *consistem no raciocínio pelo juiz, uma vez adquirido através de fontes materiais de prova (ou mesmo através do notório ou em seqüência da não contestação) o conhecimento do fato secundário, dirigido a deduzir deste a existência ou não do fato principal ignorado, in Comentários..., p.136*

²⁰⁹ Maria Rita Ferregut denomina o fato indiciado, *provado de forma indireta e que prescreve que os sujeitos de direito reconheçam o fato como ocorrido, in Presunções... p.61.*

²¹⁰ Afirma o jurista fluminense que *parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, v.g., um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato X, permite ao juiz concluir também pela afirmação do fato Y, não se afigura assimilável à atitude da instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio “se ocorreu X deve ter ocorrido Y”, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, in mens iudicis. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o*

O fato provado, de cuja existência tira o órgão judicante a sua conclusão acerca de outro fato, isto é com base no qual chega ele a presumir que esse outro ocorreu ou não, é o indício; vale-se dele o juiz para formar a presunção. O indício serve de premissa lógica a afirmação ou negação do fato; é o ponto de partida em confronto com a presunção²¹¹. Assim, para José Carlos Barbosa Moreira,

o que o indício tem em comum com o documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são ponto de partida. (...). O indício é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal²¹².

Vejamos então as presunções legais. O próprio legislador pode fazer o raciocínio e a conclusão de caráter impositivo quanto à eficácia probatória do indício. Essa é a variação essencial: as presunções legais são fruto do raciocínio lógico feito antecipadamente pelo legislador, consagrado como preceito legal ao qual o julgador deverá obedecer.

As presunções legais têm lugar quando o próprio legislador dá como pressuposta a correlação, excluindo a valoração do juiz. A normalidade de um resultado histórico, sua repetição reiterada, dá lugar a que o próprio legislador promulgue a presunção: presunção legal é uma *norma que resolve determinado problema jurídico* e que o juiz não tem senão aplicá-lo.²¹³

que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente, in As presunções e as provas, in Temas de Direito Processual, p. 58.

²¹¹ Maria Rita Ferragut diz que o fato indiciário, provado de forma direta, é o conteúdo do antecedente do enunciado, descritor de vestígios, indicações ou sinais vertidos em linguagem competente e aptos a implicar, por força da causalidade normativa, um outro fato conhecido de forma indireta. Nas presunções *hominis*, continua a autora, a *juridicização do fato indiciário dependerá da convicção do aplicador e da linguagem das provas, in Presunções...*, p.68

²¹² José Carlos Barbosa Moreira, op. cit. p.59

²¹³ É neste sentido que Maria Rita Ferragut conclui que as presunções nada presumem juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta, in Presunções..., p.63. Assim, as presunções legais são normas jurídicas *lato sensu* que nada presumem juridicamente, mas estabelecem como verdadeiro fato descritor do evento cuja ocorrência é indiretamente provada. Essas normas visam suprir deficiências probatórias ao disciplinar o procedimento de construção de fatos jurídicos e mais além, as presunções legais são proposições prescritivas que suprem a impossibilidade de produção de prova direta acerca da ocorrência fática no evento jurídico descrito no fato jurídico típico.

Se a presunção for de natureza absoluta (*juris et de iure*), quem alegou o fato está dispensado de prova específica, não podendo a parte contrária produzir prova em contrário. Barbosa Moreira entende que as presunções legais absolutas estão no plano do direito material. Na presunção legal dita absoluta dispensa-se o próprio fato e isso nada tem a ver com o processo; sua relevância é no plano do direito material. A prova não é inadmissível, é irrelevante²¹⁴. Justificam-lhe razões de política legislativa que antecedem a edição da norma.

Se a presunção for relativa (*juris tantum*), quem tiver alegado o fato está dispensado da prova específica. Na ausência de prova contrária, as presunções *juris tantum* determinam os efeitos jurídicos de uma dada situação. Abstrai-se ademais de qualquer referência a posição da pessoa no processo: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente da sua posição processual. O juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus para imputar-lhe as consequências desagradáveis da lacuna existente no material probatório. A presunção legal relativa dispensa a prova de certo fato, exercendo um papel de economia no processo.

As presunções são, portanto, uma evidência de que o ordenamento evolui no sentido de desapegar-se de um procedimento probatório formal e

²¹⁴ José Carlo Barbosa Moreira, op. cit. p. 64 e ss. Marinoni também afirma que *a figura liga-se diretamente ao direito material, não guardando nenhuma referência direta com o direito processual, in Comentários...*, p.145. E completa: *diante de uma presunção absoluta, todo outro tipo de prova se torna inútil.*

uniforme. Na realidade podemos situar as presunções como sendo os germes que originaram uma postura, por parte do ordenamento, que privilegia a celeridade em detrimento da segurança, que durante um longo período repousou na idéia de um procedimento probatório formal e complexo.

CAPÍTULO 5

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Um outro prisma que se apresenta no que se refere à apuração da situação fática é aquele referente ao modo como se arrumam os poderes que se conferem ao julgador para o acerto dos fatos tidos por relevantes para a solução do conflito. Traçamos a seguir considerações sobre o tema.

5.1. Natureza pública da função jurisdicional e solução de conflitos de interesse privado

Partindo da noção de natureza publicista da função jurisdicional, enquanto monopólio da atividade estatal, consagrada em nosso texto constitucional ao inciso XXXV do art. 5º, resta examinar um possível contraste doutrinário em torno do modo como se resolve o problema técnico político da organização interna do processo civil²¹⁵. Tal contraste se reveste do seguinte: se admitida a confluência no processo de interesses de dupla ordem, pública e privada, deve ser dada ou não ao interesse público a prevalência sobre aquele interesse privado dos particulares litigantes, e ainda qual grau de prevalência deve reconhecer-se, e enfim, quais as consequências disto no processo, no tocante à iniciativa das partes e a atividade de ofício do juiz²¹⁶.

No ponto de vista formal, a incompatibilidade da autotutela no Estado de Direito importa atribuição exclusiva ao Estado da função jurisdicional de tutela do direito objetivo. A dúvida surge do ponto de vista interno. Questiona-se se seria neste campo aconselhável uma extensão deste caráter público externo,

²¹⁵ Sobre o tema, vide Carlo Furno, *Contributto alla Teoria della Prova Legale*.

²¹⁶ Cândido Dinamarco ensina que o empenho em publicizar o processo é, contudo, limitado pelo círculo finito da conveniência ditado pelo equilíbrio de exigências opostas, e continua: *num extremo publicista, ter-se-ia o exercício espontâneo da jurisdição e a plena inquisitorialidade no curso do procedimento, o que viria a*

com o efeito inevitável de paralisar a atividade das partes, aumentando sem limites o poder do juiz, substituindo cada iniciativa privada por uma correspondente iniciativa oficial.

Neste caso teríamos como conseqüência imediata a transformação do processo civil em objeto de conquista pelo dogma da inquisitorialidade, quebrando o equilíbrio do contraditório paritário. Aquele equilíbrio, que enquanto mantinha a devida distância entre quem litiga e quem julga, contribuía para assegurar uma melhor condução de defesa do próprio interesse pela parte e para assegurar uma possibilidade de emissão de uma decisão imparcial por parte do juiz.

Por outro lado, deve-se notar que quando o conflito privado, introduzido na esfera pública do processo, tem contato direto com a autoridade estatal de jurisdição, resta inalterada sua característica original, ou seja, é um conflito privado. Por tal razão, argumenta-se se somente as partes se empenhariam em buscar o acertamento dos fatos, pois que o órgão jurisdicional não poderia nem deveria fazer mais do que assistir, usando seus poderes dentro de limites bem definidos, agindo somente para melhor definir a controvérsia.

Temos imediatamente uma reação a ambas as posturas citadas. Não seria concebível uma total separação do caráter público da jurisdição, ainda que no ponto de vista interno, determinando ao juiz um limite rígido na busca do acertamento do fato. A publicidade da jurisdição contamina a organização interna do processo civil, justificando mesmo que, na busca da verdade, o juiz empenhe-se em acertá-la, mesmo que tal acertamento se dê em sua íntima convicção²¹⁷.

contrariar os conspícuos fundamentos éticos e históricos dos princípios da demanda e do dispositivo, in A Instrumentalidade do Processo, p.53.

²¹⁷ Marinoni afirma a tese de que a opção pela busca da verdade substancial é presença marcante no direito processual civil: o mesmo ocorre com a tendência da doutrina mais atual de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita de provas. A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público e que deve buscar a verdade dos fatos

O processo civil identifica-se como tutela do direito objetivo; missão do processo civil é assegurar eficácia prática às normas do direito objetivo. Depende também proteção ao direito subjetivo, mas é maior o fim público do processo.

Em artigo intitulado *Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo*, o jurista italiano Tito Carnancini, discorrendo acerca da relação parte-processo, firma entendimento de que *se il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo*²¹⁸. Nesta ótica, o cidadão serve ao Estado fornecendo ocasião para atuação do direito objetivo, através do processo, meio de reintegração do ordenamento jurídico violado ou que se pretende violar.

Se a parte tem o poder de originar, de livre escolha, o processo, torna-se parte também para servi-lo, posto que uma vez iniciado segue o processo por impulso processual, pois sua finalização implica na realização de um interesse coletivo, ou seja, uma vez iniciado, tem o Estado interesse de vê-lo resolvido, por isso continua por impulso oficial, ao mesmo tempo em que se estabelecem regras que dificultam seu encerramento (somente como o consentimento do réu) e abandono (punição da preempção).

O Estado, como se viu, atribui-se a qualidade de via exclusiva de definição das controvérsias privadas, impondo a forma e a modalidade pública de procedimento, pretendendo garantir a um só tempo a integridade da ordem jurídica e aquela da esfera juridicamente privada. Resta, entretanto, a obrigatoriedade de um respeito ao interesse dos particulares. Dentro desta exigência é que domina o princípio dispositivo, que assegura à parte, por um lado, uma certa esfera de autonomia e influência no juízo, caracterizada pela

investigados. Assim, *ao se autorizar que o juiz pode determinar, de ofício, a produção de provas – suprindo, pois, a atividade que competiria primariamente às partes – novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como verdadeiro dogma para o direito processual, in Comentários..., p.34.*

²¹⁸ Carnancini, Tito. Studi in onore di Enrico Redenti, vol. II, p.700

atribuição do poder de acionar livremente a máquina judiciária, e que, por outro lado, opera como limite do poder judicial.

De tudo isso resulta que há de haver uma harmonia necessária na prestação ambivalente entre o indivíduo e a coletividade, que caracteriza o moderno Estado de Direito, detentor da jurisdição, vedada a autotutela. Há de regra no processo civil, como vimos, um juízo publicista e um núcleo privatístico. A presença de ambos espalha uma série de fenômenos relevantíssimos, tanto no aspecto interno do juízo de cognição e certamente na atividade instrutória.

Feitas estas considerações, vejamos como tais assertivas se relacionam a atuação das partes e aos poderes do juiz ou ao que o prof. José Carlos Barbosa Moreira chamou de *o problema da divisão do trabalho entre juízes e partes*, apontando como pontos mais sensíveis a iniciativa da instauração do feito, a delimitação do objeto do litígio, o impulso processual e a formação do material de fato e de direito a ser utilizado na motivação²¹⁹.

5.2. Questão de fato e questão de direito

Distinguir a questão de fato da questão de direito inicialmente teria importância para a limitação dos poderes das partes, no que se refere ao princípio dispositivo, frente aos poderes no juiz no que tange à produção de material probatório, pelo que desde já denunciemos a necessidade de ultrapassarmos alguns dogmas estabelecidos com relação à investigação em torno dos poderes instrutórios do juiz.

Pelo que já expusemos acerca da conversão em concreto do mandado normativo abstrato, podemos conceituar a questão de fato como sendo aquela

²¹⁹ José C. Barbosa Moreira, in *Temas de Direito Processual*, 4^a. série, p. 35.

²¹⁹ José C. Barbosa. In *Temas de Direito Processual*, 4^a. série, pp. 35 e ss.

relativa ao que efetivamente aconteceu, isto é, aquele conjunto de enunciados que redundará no fundamento fático que, apreciado de acordo com o comando legal correspondente no ordenamento jurídico, formará o fundamento fático da decisão final, enquanto a questão de direito pode ser dita como aquela acerca de como se há de qualificar o ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica. A questão de direito gira em torno da existência de determinado efeito jurídico decorrente do fato alegado: a questão acerca de como há de qualificar-se o ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica.

A distinção entre questão de fato e questão de direito perpassa todo o direito processual, e, segundo lições de Karl Larenz, o princípio dispositivo pressupõe especialmente desta distinção. Assim,

o juiz julga sobre a questão de fato com base no que é aduzido pelas partes e na produção das provas; a questão de direito decide-se sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si. Só os fatos, isto é, os estados e acontecimentos fáticos, são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica do fato não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão só de ponderações e decisões judiciais²²⁰.

A distinção desempenha papel importante, o propósito da questão de se saber que ponto da sentença pode ser objeto de recurso.

Frente, pois a alegação de fato e a afirmação de direito contidas na demanda, o juiz deve individuar as questões de fato e as questões de direito. Como nos ensina Michele Taruffo, *il termini quaesti como indicativo della contrapposizione dialettica di proposizioni, di fatto e/o di diritto, contraddittorie, o in senso lato, contrastanti²²¹.*

5.3. Poderes das partes e poderes do juiz

²²⁰ Karl Larenz., op. cit., p.370,371

²²¹ Michele Taruffo. Op. cit. , pag. 50

Uma vez reconhecido o interesse público na solução dos conflitos privados, para que o interesse privado não venha a sucumbir e, como anteriormente mencionado, o processo civil não venha a aprisionar-se no sistema inquisitivo, o próprio ordenamento organiza-se sob princípios, dentre os quais citamos desde logo a garantia do justo processo e a paridade de armas²²².

Ambos se destinam a limitar os poderes do juiz (que por sua vez se justificam e se apóiam no já aclamado interesse público na solução do conflito), impedindo que o juiz, no exercício de seu poder de direção do processo, altere o equilíbrio entre as partes, atribuindo, por exemplo, a uma parte poderes substancialmente diversos daqueles conferidos à outra.

O modo como o ordenamento jurídico se organiza no tocante a divisão de poderes processuais gera conseqüências relativas, por exemplo, ao princípio da paridade de armas, sejam na legislação processual sejam na concreta condução do processo civil, que são radicalmente diversas segundo o juiz venha posto no lugar de mero árbitro do resultado da lide, substancialmente passivo no desenvolvimento do processo, ou então se assume um papel substancialmente ativo, ou ainda, segundo orientação que se difunde na legislação processual moderna, um papel promocional ou assistencial.

O jurista italiano Mauro Cappelletti, para solucionar a dúvida ao redor de quais fatos jurídicos devam ser determinados de ofício pelo juiz, ressalta a relatividade histórica²²³ de tal categoria (atos praticados de ofício). Segundo o autor, *consideraciones de carácter histórico, o vinculadas, comoquiera que*

²²² Paulo Lucon nos fala do princípio da paridade de armas: *a paridade de armas entre os sujeitos parciais do processo deve ser uma realidade e realiza-se com a outorga, pelo julgador, a partir da observância dos poderes e dos limites que o ordenamento lhe confere e impõe, de meios processuais idênticos às partes para fazerem valer suas próprias razões*, in *Garantia do tratamento paritário entre as partes*, in *Garantias constitucionais do processo civil*, p.103

²²³ Mauroi Cappelletti, in *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, p. 116

*sea, a las tradiciones de un determinado ordenamiento jurídico, podrán ciertamente utilizarse en la solución del difícil problema*²²⁴.

Desta feita, considerações e mesmo valorações de caráter cultural, político e ideológico, interferem na formação de um ordenamento jurídico quer acentuadamente individualista, onde se consideram as alegações de fato objeto da disponibilidade total das partes; quer marcadamente autoritário, exacerbada a função publicista do julgador, tiranizado pelo rigor do formalismo absoluto; ou diversamente, um ordenamento com fortes matizes sociais, onde os direitos individuais têm como pano de fundo uma coloração social. Assim também José Carlos Barbosa Moreira nos alerta sobre a variação do tratamento do assunto, conforme *a opção da política jurídica que se faça, pode se ter por decisiva a vontade das partes ou a atuação do juiz ou a atribuição em doses iguais a estes ou aqueles*²²⁵.

Se, de fato, desponta na cultura jurídica uma visão do juiz como sujeito diretamente empenhado no fenômeno processual e, portanto, voz no diálogo entre as partes; se tal postura já se reflete na exigência de participação nos mais variados sistemas jurídicos e, como nos ensina Giuseppe Tarzia, *corrisponde di certo ad una concezione democratica della funzione giuduziaria*²²⁶, prossegue o mestre italiano que é também claro que tudo isto postula, ou mesmo exige, que a iniciativa oficiosa seja harmônica com o cânone da igualdade das partes, para evitar o risco que se desnature a posição do juiz, inserindo-o em uma estrutura autoritária.

Inevitável o surgimento do questionamento acerca de quais limites o poder de participação do juiz no processo deve dotar o julgador de poderes ativos de intervenção.

²²⁴ Mauro Cappelletti. Op. cit., pag. 116

²²⁵ José C. Barbosa Moreira, in *Temas de Direito Processual*, 4ª série, p. 35

²²⁶ Giuseppe Tarzia. Op. cit., pag. 313

Observe-se que tal proposta não visa por em discussão a legitimidade de atribuição ao juiz da função assistencial *lato sensu*, mas pretende tão somente demarcar a inderrogável exigência de que tal poder não se direcione em princípio a favor de uma só das partes e que o mesmo deve desenvolver-se sem a exclusão da incidência do princípio do contraditório entre as partes: *un contraddittorio non solo formale ma sostanziale nel quali le parti siano avvertite delle iniziative giudiziarie e poste in condizione di compiere quelle deduzioni che l'esercizio dei poteri del giudice renda necessarie*²²⁷.

No que pertine à instauração do processo, é comum a invocação do chamado princípio dispositivo, buscando na adjectivação a idéia de disponibilidade dos direitos materiais ou de relações jurídicas disponíveis, o que justificaria o monopólio das partes. Segundo ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, *o normal monopólio da parte da instauração do processo não comporta explicação cabal só pela índole disponível da relação jurídica substantiva*²²⁸.

Segue o professor que se deve abster de invocar genericamente o poder de disposição do titular do direito substantivo para fundamentar as várias modalidades de limitação da iniciativa do órgão judicial. Assim,

*quando alguém invoca o princípio dispositivo a propósito da regra ne procedat iudex ex officio, e o relaciona com o poder de disposição do autor sobre seu suposto direito, uma de duas: ou se pronuncia de lege lata, isto é, expõe como se passam as coisas em determinado ordenamento processual, ou de lege ferenda, isto é, sugere como se devem passar as coisas, em sua opinião, num ordenamento processual bem constituído. No primeiro caso, sujeita-se a invocação ao contraste com as normas do ius positum, e muito perderá em credibilidade se se averiguar que a vedação prevalece, de maneira geral, também para hipóteses de direitos indisponíveis, e pode cessar, embora a título excepcional, para algumas hipóteses de direitos disponíveis. No segundo caso, se não se recomendar a adoção da regra oposta para as hipóteses de indisponibilidade, ter-se-á pelo menos de dar, com relação a estas, explicação diversa, capaz de justificar a igualdade de tratamento*²²⁹.

²²⁷ Giuseppe Tarzia. Op. cit. pag. 314

²²⁸ José Carlos Barbosa Moreira. Op. cit., p. 36

²²⁹ José Carlos Barbosa Moreira. Op. cit. pag. 42

Neste contexto, o jurista fluminense propõe uma diversificação terminológica, que se desligue da idéia de disponibilidade da relação jurídica. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que também identifica nos princípios uma tentativa de compendiar-se as diretrizes político jurídicas que se podem acolher na ordenação do processo, isto é, *determinam a maneira como se deve desenvolver a função jurisdicional*²³⁰, adota a noção de princípio dispositivo como um *conjunto, que assim se convencionou chamar em doutrina, de condicionamento da jurisdição à provocação das partes ou limites formais à atuação do órgão judicial*, denominando de consectários do princípio dispositivo o princípio da demanda: o direito exclusivo da parte de iniciar a ação e determinar a matéria, tratando de preservar a imparcialidade do órgão judicial.

O princípio dispositivo é um pressuposto de ordem prática, uma diretiva de conveniência do processo civil. A fixação do fato controvertido e o poder de disposição das partes sobre o material de fato da sentença repousa num propósito prático (segurança e economia) e se revela uma diretiva de conveniência. O princípio dispositivo vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, conforme lições de Ovídio Baptista, *impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeiras*²³¹. Segundo o mesmo autor, tal princípio se opõe ao inquisitivo, segundo o qual compete ao juiz o poder da iniciativa probatória para determinação dos fatos postos pelas partes como fundamento de sua demanda.

As partes devem, portanto, instaurar o feito.

Instaurado o feito, desenvolve-se por impulso processual. O juiz determina de ofício a reunião de ações por conexão ou continência, declara

²³⁰ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *in Formalismo...*, p. 77

incompetência absoluta, prorroga prazos. No que se refere a faculdades instrutórias, afirmamos desde logo que tais faculdades não são incompatíveis com a preservação da perseguida imparcialidade do juiz, até mesmo porque uma omissão por parte do julgador pode ter por consequência a geração de uma imparcialidade, comprometendo uma igualdade substancial, em detrimento de uma igualdade meramente formal²³².

A noção de imparcialidade do juiz individualiza o perfil particular do magistrado - pessoa física - em relação a um determinado processo no qual é chamado a exercer sua função e está a indicar que a posição do juiz há de ser sempre desligada dos sujeitos e do objeto da demanda, devendo estar sempre equidistante daqueles. Das lições do prof. italiano Ítalo Andolina,

*più esattamente, l'imparzialità del giudice può essere definita come la sua indifferenza personale all'esito del processo affidatogli e si risolve nell'insussistenza di vincoli soggettivi, oggettivi e psicologici suscettibili di condizionare il contenuto della sua decisione*²³³.

No âmbito do procedimento probatório, o poder do juiz de verificação da alegação exige para o seu exercício o confronto de ambas nas partes: a paridade de armas é violada se o juiz, intervindo no debate processual, dialogue com uma só das partes. Verificação da alegação, pois, como nos ensina o jurista italiano Mauro Cappelletti, há de se distinguir alegação e prova; um é o vínculo do juiz às alegações e outro é o vínculo do juiz às provas. Já a tradição romana proibia a iniciativa probatória por parte do juiz, mas tal proibição deve respeitar a distinção mencionada. Assim, temos *la prohibición para el juez de ir más allá de las alegaciones de las partes e la prohibición para el juez de asumir pruebas de oficio*²³⁴.

²³¹ Ovídio A. Baptista Silva. Op. cit, pp. 47 e ss

²³² Conforme entendemos, o magistrado não pode mais atuar como um espectador das atividades da partes, especialmente no tocante a atividade probante, sem poder interferir na iniciativa e condução da provas. Adotamos o entendimento desposado por Luiz Rodrigues Wambier: *essa postura não mais se coaduna com o processo civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição de justiça*, in *Curso Avançado de Processo Civil*, p.486

²³³ Ítalo Andolina, *Il modello costituzionale del processo civile italiano, corso di lezioni*, .p.40

²³⁴ Mauro Cappelletti. Op. cit. ,p. 112

Isto posto, vejamos como se conectam alegação e prova. Por alegação se entende a afirmação, pela parte, de que um determinado fato verificou-se ou não: *afirmación, pues, de hechos o de situaciones de hecho que la parte aduce como fundamento de la propia demanda o de la propia defensa*²³⁵.

A alegação é ato de vontade; com ela a parte declara querer por como base de sua ação ou defesa uma determinada situação de fato conhecida como causa de pedir. Não é um ato de informação, mas um ato volitivo. A informação se dá no caso das provas. O que qualifica um ato como informativo é seu efeito, qual seja, a falta de vinculação do juiz aos efeitos que daí emanam. A alegação produz seus efeitos mesmo que não corresponda a verdade dos fatos: o efeito precisamente de vincular o juiz a dar uma solução compatível com a situação de fato narrada. Tal é o conteúdo do disposto ao art. 128 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Já podemos concluir que subtrair as alegações à total disponibilidade das partes significaria a subtração da disponibilidade do direito de agir. Para Mauro Cappelletti, *se comprende, por tanto, que incluso sistemas procesales que han atenuado fuertemente o han abolido la validez del principio de la disponibilidad de las pruebas, mantengan firme en cambio el principio de la indisponibilidad de parte en materia de alegaciones. Los dos fenómenos operan, en efecto, sobre planos notablemente diversos. El primero es la expresión de una concepción fuertemente publicística del fenómeno procesal. El segundo, en cambio, expresa una concepción mucho más radical, de publicización o desprivatización también de la esfera del derecho sustancial*²³⁶.

Desta forma, a abolição do poder monopolístico das partes a respeito das provas é tão-somente um aspecto da subtração às partes do poder de direção formal do processo, que como já ressaltamos, já não é assunto que interessa somente as partes, como no antigo sistema processual liberal, em

²³⁵ Mauro Cappelletti. Op. cit, p. 112

nada interferindo no seu poder de ação. As partes têm o poder exclusivo - sempre - de agir ou não, determinando também elas, quando justamente das alegações, os limites essenciais da ação: os sujeitos (as partes, art, 282, II, CPC), os objetivos (o pedido com as suas especificações, art. 282, IV, CPC) e as causas (causa de pedir - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, art. 282, III, CPC). O impulso processual, porém, é separado desta disponibilidade: aqui seguem as partes e o juiz como colaboradores mútuos²³⁷.

Conceder poderes ao julgador não significa quebrar o equilíbrio entre as partes, ao contrário: para a eliminação de qualquer fator de desigualdade entre as partes deve o juiz contar com poderes reais, com os quais possa estimular a garantir a participação dos sujeitos, contribuindo para a efetividade do contraditório.²³⁸

CAPÍTULO 6

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, COGNIÇÃO SUMÁRIA, CONTRADITÓRIO E EXPERIMENTO PROBATÓRIO

6.1.Os novos modelos processuais

²³⁶ Mauro Cappelletti. Op. cit. p. 122

²³⁷ José Roberto Bedaque entende que tomar o direito à prova somente apenas como uma satisfação aos princípios constitucionais significa lhe negar valor maior que é o de instrumento adequado à soluções de controvérsias, dotados de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional. Logo, conclui o professor, *o procedimento probatório é objeto de interesse pelo julgador, in Garantia da amplitude da produção probatória, in Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p.108

²³⁸ Bedaque não compreende como possa ser aquele a quem se investiu o poder de julgar seja descompromissado com o resultado: *não mais se admite neutralidade do julgador pois da mesma forma que as partes ele está em busca de resultados,*

A doutrina processual proclama uma atual e universal insatisfação com o modelo jurisdicional tradicional²³⁹. O lamento mais comum é contra a ineficiência, assim entendida a duração e os custos excessivos do processo na sua via ordinária de contraditório pleno, com um exacerbado e injustificável formalismo²⁴⁰.

Procura-se, ao estabelecer novas formas de atuação da tutela jurisdicional, uma suplantação da visão tradicional da jurisdição como endereçada à resolução de conflitos individuais – controvérsias privadas – ocorridas no passado, pela idéias de modificação de um comportamento futuro²⁴¹. Critica-se a aplicação da jurisdição ordinária aos conflitos de interesses difusos²⁴² e ainda a insuficiência do sistema de execução forçada, inadequado por sua vez a assegurar a efetividade de provimento diverso daquele comando de pagamento de soma em dinheiro²⁴³. Processo em via

²³⁹ Entre nós, ensina o prof. Cândido Rangel Dinamarco: *a segunda metade do século XX caracterizou-se, na doutrina internacional do Processo Civil, como um tempo de mudanças. O monumental esforço dos idealistas, portadores da bandeira da efetividade do processo, abriu espedro para a consciência da necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais, e que deve cumprir seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo*. A reforma do Código de Processo Civil, p.19

²⁴⁰ A doutrina clássica, conforme lições de Marinoni, *no momento em que construiu o procedimento ordinário – compreendido como um processo de cognição plena e exauriente – e banuiu do sistema processual os procedimentos sumários especiais, notadamente aqueles de cognição parcial, deu prioridade ao valor segurança sobre o valor tempestividade. A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela de direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social*. P.15/16

²⁴¹ O que se tem criticado em relação ao sistema processual clássico, segundo Arruda Alvim, *é a ausência, praticamente total, do que se designa como tutela inibitória, em que se trabalha precipuamente com o “ilícito de perigo”. Era o sistema clássico um modelo que tinha no ilícito da lesão praticamente a única matriz que justificava o acesso à justiça. É certo, curialmente, que o ilícito da lesão era o descrito e estudado no direito material, que só mais recentemente veio a traçar um perfil do que se designa por ilícito do perigo, em que, também e com caráter preventivo, justifica-se o acesso à justiça, através do qual colima-se impedir, diminuir ou fazer abortar o ilícito de lesão*. RePro 97, p.55/56

²⁴² No sentido temos lições do prof. Bedaque: *a consciência pelos estudiosos da existência de direitos meta-individuais, é que fez surgir a necessidade de uma tutela jurisdicional coletiva, isto é, de providências jurisdicionais capazes de solucionar conflitos envolvendo direitos difusos*. Direito e Processo, p.35. Também o prof. Arruda Alvim menciona a crítica que se faz à ausência de tutelas diferenciadas em relação a situações que devam ser privilegiadas. RePro 97, p.55

²⁴³ Preleciona Cândido Rangel Dinamarco: *ao longo dos tempos, a resistência do obrigado foi muito respeitada como óbice intransponível à efetivação das obrigações de fazer ou não fazer por obra dos órgãos judiciários. O dogma da intangibilidade da vontade humana, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas, fazia o mundo aceitar que “toute obligation de faire ou ne pas faire, se resout em dommage et intérêt, em cas d’inexécution de la part du debiteur”*(art. 1.142 do Código Civil Francês). Foi preciso muita tenacidade de pensadores como Chiovenda e Calamandrei, notadamente em especulações sobre a obrigação de prestar declaração de vontade, para que viesse ter curso a distinção entre infungibilidade natural e infungibilidade jurídica. Hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa humana, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e produção, mediante elas, da situação fática final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer deveria ter conduzido. Com estas conquistas da doutrina, vai-se restringindo a necessidade de converter a obrigação específica em obrigações por

ordinária, contraditório pleno, efetividade do provimento e formalismo são objetos do estudo que se segue.

Dentre as muitas pretensões que norteiam as reformas processuais, mencionamos inicialmente aquela que busca ultrapassar a noção da justiça como uma terceira entidade, imparcial ao conflito, que se substituirá às partes na solução do conflito, chegando a uma idéia de justiça coexistencial, donde a controvérsia vem resolvida segundo modalidade de solução endereçada acima de tudo à conciliação das partes. Ganha corpo a chamada jurisdição coordenada²⁴⁴, contrapondo-se a vigente jurisdição subordinada e burocrática.

Neste contexto, surgiram o que a doutrina denominou de os novos modelos processuais, orientados pelos valores acima fixados, onde se batem predominantemente os valores do formalismo da garantia e o valor justiça no caso singular; onde se batem em conflito a celeridade do procedimento e a segurança como valor fundamental. O procedimento probatório, em especial, encontra-se no centro das maiores discussões, alvo de sumarização ou informalização e até a supressão, num claro a rigidez dos institutos até aqui conceituados, como adiante se verá.

No Brasil, uma série de inovações legislativas, iniciadas em 1992, com a nova disciplina do procedimento da prova pericial (lei nº 8455/92), vem sendo discutida através de comissões criadas especificamente para reformar o CPC. William Santos Ferreira cita Cândido Dinamarco ao afirmar que quatro são as finalidades específicas da reforma: simplificar e agilizar o procedimento, o que nos remete ao tema da instrumentalidade das formas; evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso de tempo de espera pela tutela jurisdicional;

*perdas e danos, o que só pôde ser uma constante enquanto a ordem jurídica não tinha coragem de impor ao obrigado o resultado final de sua própria atividade. O aprimoramento das técnicas processuais permite generalizar a dispensa daquela operação de direito material que, por frustrar a expectativa do credor em torno da situação final a que o obrigado estaria vinculado, era portadora de somenet uma meia-justiça, ou seja, um injustiça.*P.150/151.

²⁴⁴ Sobre o tema, vide Chiarloni, Sérgio, op. cit.

aprimorar a qualidade dos julgamentos, através de um constante aperfeiçoamento dos operadores; e dar efetividade a tutela jurisdicional²⁴⁵.

A redução do tempo está pulverizada em vários artigos: 273 – tutela antecipada de forma genérica e 461 – tutela antecipada específica das ações objetivando as obrigações de fazer e não fazer. O procedimento monitorio também demonstra uma nova postura do ordenamento, em face da postergação do contraditório, como se examinará.

6.2. Formalismo no procedimento

Para que se entenda melhor o procedimento de simplificação do procedimento probatório, devemos estabelecer noções sobre a questão da informalização do procedimento probatório, ou melhor, da desformalização dos procedimentos de cognição do juiz²⁴⁶, começando com um estudo do formalismo no processo civil.

Estudar o formalismo no processo civil significa realizar uma pesquisa sobre a organização e o funcionamento interno do processo civil. Como nos ensina Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *o formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.*²⁴⁷

Um apanhado de informações históricas no direito processual mostra que a evolução do processo pode ser definida como um constante ir e vir, permanentes marchas e contra-marchas, de concessões de poderes ao juiz de praticar atos de ofício, em especial na busca da verdade dos fatos, na

²⁴⁵ Ferreira, William Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal, p.129. Cândido Dinamarco enumera as diretrizes a reforma em curso, estabelecidas pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, donde nota-se aquela no sentido da apresentação de sugestões *somente de simplificação, agilização e efetividade, deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmica*. A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, p.29.

²⁴⁶ Conforme abordados no item respectivo, os procedimentos de cognição judicial são técnicas de que dispõe o julgador, consistentes em considerar, analisar e valorar as alegações e provas.

condução do procedimento probatório, rivalizado então por um excessivo rigor legal²⁴⁸. É fato recorrente na história do formalismo processual: *à medida que cresce e se intensifica o poder e o arbítrio do juiz, enfraquece-se também o formalismo, correlativo elemento de contenção.*²⁴⁹ Em outras palavras, há um constante fluir de publicização e privatização dos atos processuais contidos em um procedimento, no que se refere à prática dos atos judiciais.

A gênese da formalização está com o desenvolvimento da civilização, quando complicam-se as relações sociais. O século XIX marca o processo civil como coisa privada das partes, conforma lições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: *a consideração do processo civil no século XIX como coisa privada das partes refletia de maneira adequada a concepção claramente individualista e exclusivamente privatística dos direitos patrimoniais, então dominante. Em contrapartida apenas o processo civil dos ordenamentos mais modernos passa a repercutir o lento trabalho de socialização do direito civil.*²⁵⁰

O formalismo moderno do início do século XX é marcado pela ênfase aos fins sociais buscados pelo processo civil²⁵¹. Sobressai a natureza pública da função institucional do processo (aplicar o direito material ao caso concreto), vista como a realização do direito objetivo por meio de tutela às situações subjetivas das partes.

²⁴⁷ Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de. O Formalismo no Processo Civil, editora Saraiva, p.07

²⁴⁸ Como argumenta Arruda Alvim, *esse temor de uma maior adjudicação de poderes ao juiz veio a se esvaecer e essa tendência cedeu passo, na evolução que veio a ocorrer e acentuar-se nos tempos que se seguiram e especialmente nos tempos contemporâneos, redefinida que veio a ser esta antiga e radical compreensão da separação de poderes, entre outros fatores.* RePro 97, p..65

²⁴⁹ Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de. Op. cit., p.21

²⁵⁰ Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de. O Formalismo no Processo Civil, editora Saraiva, p.42, nota 137.

²⁵¹ Assim discorre sobre o tema Roberto Bedaque: *o centro das preocupações da moderna ciência processual é, indiscutivelmente, a realização concreta da justiça, e acrescenta: a principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir evidentemente da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado. Critica-se o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo.* Direito e processo, p.42

Concebe-se enfim o processo civil como uma instituição criada para assegurar o bem estar social, onde o Estado é interessado não na lide, mas na forma como ela se desenvolve: *reforça-se, desta maneira, a concepção de processo como relação de direito público, na qual o juiz desempenha função estatal de importância capital.*²⁵²

Após estas breves digressões, vejamos o que fundamenta o formalismo processual. Como já mencionamos, o processo pode ser dito como uma arrumação de técnicas destinadas a organizar e realizar a atividade cognitiva do julgador. O formalismo processual representa uma das maneiras desta organização, sendo ele mesmo uma técnica que viabiliza, que torna possível, uma atividade coordenada e apta a produzir resultados entre o julgador e as partes.

O formalismo, assim, pode ser entendido como um limite à própria soberania do Estado, uma vez que a organização do processo implica indubitável restrição à atividade do Estado, nele representado pelo órgão judicial. O Direito organiza a coletividade, impondo por um lado limites ao Estado, e por outro determinando garantias de liberdade do indivíduo em face deste mesmo Estado. O par conceitual direitos fundamentais e divisão de poderes constitui o conteúdo essencial do típico Estado de Direito²⁵³. O formalismo é lícito, ou melhor, legítimo, na medida em que se presta a controlar o arbítrio do julgador/Estado, ao mesmo tempo em que serve para alcançar as *finalidades últimas do processo civil em tempo hábil e principalmente colaborar para a justiça da decisão.*²⁵⁴

Vejamos agora os denominados fatores externos do formalismo. A questão dos fins do processo correlaciona-se com a de valores a serem

²⁵² Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de. Op. cit., p.49

²⁵³ Conforme lições de Ingo Sarlet, *praticamente não há mais Estado que não tenha aderido a um dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições*. Da eficácia dos Direitos Fundamentais, p.23.

atingidos, de forma ideal, por meio do processo. Carlos Alberto A. de Oliveira elenca a paz social, a justiça, a segurança e a efetividade²⁵⁵.

O valor justiça é a finalidade jurídica do processo: relaciona-se com a realização concreta do direito material – situações subjetivas de vantagem conferida pela ordem jurídica aos sujeitos de direito. O valor segurança é o escopo político do processo. O valor paz social encontra-se na tentativa de eliminar-se com presteza o conflito, mas também com uma administração eficiente da justiça (baixo custo, fácil acessibilidade, qualidade adequada).

O valor efetividade, por sua vez, tem merecido por parte dos doutrinadores uma atenção específica²⁵⁶. A efetividade dinamiza o direito processual, pois se busca sempre novos meios jurisdicionais, mais eficientes e eficazes para assegurar direitos fundamentais de 2ª e 3ª geração²⁵⁷. Nos ensinamentos de Carlos Alberto A. de Oliveira,

*cuida-se de corrente sociocultural mais bem afinada para a realização efetiva dos direitos, e assim superiormente preocupada com mais acurada tutela de liberdades e dos direito constitucionais relevantes, notadamente os sociais, com destaque à defesa daqueles de natureza difusa ou coletiva.*²⁵⁸

É esta preocupação com a efetividade, assim posta, que leva o ordenamento jurídico a conceber remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo dos direitos

²⁵⁴ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Op. cit., p.62

²⁵⁵ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Op. cit., p.65

²⁵⁶ Denominamos valor da efetividade em consonância com o pensamento do prf. Arruda Alvim, que preleciona: *os sistemas jurídicos, porque presididos pela idéia de unidade, são marcados por valores: com esses valores ou idéias pretende-se definir sumária e totalmente o sistema, e acrescenta: o processo contemporâneo tem, por isso mesmo, as marcar –valores, indicativas dos vetores e dos caminhos ambicionados, falando-se em instrumentalidade e efetividade, até mesmo sugerindo a idéia de que esses valores hão de abarcar e subordinar o sistema na totalidade do seu funcionamento e finalidade.* Repró 97, p.63

²⁵⁷ A doutrina constitucional menciona três gerações de direitos fundamentais. Segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais de 1ª geração – ou dimensão – são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado; os direitos econômicos, sociais e culturais são os de segunda dimensão; sendo os de 3ª os direitos de solidariedade e fraternidade. Da eficácia dos Direitos Fundamentais, p.48 e ss. Vide também sobre o tema Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional.

²⁵⁸ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Op. cit., p.70. Assim também Cândido Dinamarco: *um estudo da história recente do Processo Civil Brasileiro revela a tomada de consciência que antes foi da doutrina vanguardista e agora do legislador, fundamentada na premissa da transmigrassão do indivíduo para o coletivo.* Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, p.20

pretendidos (antecipação dos efeitos da sentença de mérito, procedimento monitorio, providências liminares cautelares), além do alargamento de vias alternativas para a solução de conflitos (arbitragem) e incentivos à conciliação, dentro da já mencionada idéia de justiça como atividade de coordenação, e não de subordinação, entre as partes interessadas (aqui incluído o julgador)²⁵⁹. A idéia de prevenção do aparecimento de dano prioriza-se àquela da restauração da situação litigiosa, daí a *primazia adquirida pela tutela preventiva, permitindo-se o emprego de providências judiciais capazes de impedir o próprio nascimento da lesão, mesmo antes de consumada esta, ab initio ou pelo menos nos seus pródromos.*²⁶⁰

6.3. Segurança versus celeridade

O processo jurisdicional é o instrumento que permite a jurisdição a consecução de seus objetivos. O processo tende a um provimento que configura ato de poder. Este para ser legítimo deve ser fruto de um procedimento que realmente permita a participação em contraditório. A legitimação do exercício da jurisdição depende da efetividade do contraditório.

As concessões feitas em detrimento desta efetividade do contraditório visam a acelerar o serviço jurisdicional e torná-lo aderente à realidade do conflito e do seu modo de ser; com isso concorrendo para eliminar logo e de modo conveniente o estado anti-social de insatisfação que deu causa ao processo²⁶¹.

²⁵⁹ Cândido Rangel Dinamarco orienta as mutações ocorridas no processo civil pelo pensamento prioritário no consumidor dos serviços que mediante o processo se prestam: *o processo civil moderno quer ser um processo civil de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas*. Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, p.20.

²⁶⁰ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Op. cit., p.71

²⁶¹ Cândido Dinamarco aponta a necessidade de operacionalizar o sistema, desburocratizá-lo ou deformalizá-lo tanto quanto possível, com vistas a facilitar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar. A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, p.20

Daí falar-se hoje em uma troca da virtude interna de fidelidade à vontade da lei, o que se traduz na segurança jurídica, pela virtude funcional da pacificação social, o que se traduz na celeridade processual, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tem a ordem jurídica de promover a pacificação com justiça; e num lapso de tempo que seja o necessário e somente o necessário para o conhecimento da verdade – desde sempre relativizada pelo legislador²⁶².

Esse jogo dialético entre a fidelidade à vontade concreta de lei (segurança) *versus* a virtude funcional de pacificação social (celeridade), revela-se, na técnica processual contida na lei e praticada na experiência empírica dos processos, num outro jogo, envolvendo critério de certeza e probabilidade, com os riscos calculados e formas pré-dispostas para a sua correção.

Além das naturais limitações do sistema, que são inevitáveis, sente-se também que em inúmeros pontos e mediante variadas formas a ordem jurídica deliberadamente se afasta mais ainda do requisito da certeza. São soluções inseridas na técnica processual, sempre com vistas à antecipação do resultado da jurisdição, ou seja, é o elemento tempo a ser gasto na satisfação de um direito o principal móvel das reformas processuais.

Através delas, simplifica-se a instrução e afrouxam-se as exigências de cognição, ainda que sob o risco do erro. Ou então se elimina mesmo a exigência de uma prévia cognição, antes de promover a execução forçada. Em todos os casos revela-se a preocupação, ainda que pouco conscientizada,

²⁶² Em palestra proferida nas IV Jornadas de Direito Processual Civil, por ocasião de exposição acerca do binômio celeridade e segurança, o prof. Arruda Alvim mencionou a disputa de espaço entre estes dois valores como o cerne que envolve o tema Reforma do Código de Processo Civil. Apontou o aumento de solicitações ao Poder Judiciário – oriundo dentre outras causas da concentração da população nas cidades, gerando complexidade nas relações sociais, e do aumento do senso de cidadania pós-88 – como gerador de uma demora anormal na prestação jurisdicional, fazendo referência também a presença do Poder Público em juízo, sendo o Estado um dos maiores litigantes em nosso país. A segurança, que traduzia uma busca à precisão (busca da verdade), cede espaço para a solução, num espaço de tempo razoável, enaltecendo o professor, ao final, a tutela inibitória – prevenção de futuras lesões, em detrimento de tutela restauradora de lesão e ressarcitória.

pelo escopo social de pacificação, mediante a busca de remoção tão pronta quanto possível dos possíveis óbices à desejada paz social.

Neste contexto, pouco importa que a fidelidade ao direito objetivo substancial saia às vezes arranhada, desde que como se disse a justiça se faça com menos delongas. E o fato é que, consciente ou inconscientemente, o legislador, desde sempre, transigiu na busca da verdade, uma vez que somente abandonando este dogma poderíamos pensar em um processo para resolver um conflito. Do que se trata aqui é de pura simplificação do processo, através da sumarização do procedimento probatório, evitando formalismos exacerbados: sabe-se que os procedimentos estabelecidos em lei visam a viabilizar e garantir a adequada busca da verdade - mencionada no Capítulo I - mediante a participação dos seus sujeitos, mas não se pode perder de vista por outro lado, que a obsessão pela verdade constitui cobertura a burocracia e alimenta os formalismos que devem ser evitados.

Os dois Códigos de Processo Civil brasileiros (1939 e 1973) proclamaram como regra programática, mas na realidade não permitiram que tal prevalecesse: ambos foram tão minuciosos quanto a formação dos atos processuais que com segurança se pode afirmar que o princípio consagrado foi o da legalidade formal²⁶³.

Esta, portanto, a intenção atual de simplificar apesar do risco de erro que com isso se corre²⁶⁴. O que não se deve olvidar é que risco de erro sempre houve e sempre haverá. Ao legislador é permitido avaliar tal risco e só se atrever a enfrentá-lo quando sente que é suportável e que os benefícios a serem alcançados na maioria considerável dos casos compensa os possíveis males, que terão pouca incidência. É uma questão de avaliação de

²⁶³ Cândido Dinamarco traça preciosas linhas sobre a história dos Códigos de Processo Civil em nosso país *in* A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, pp.21 e ss.

²⁶⁴ Athos Gusmão Carneiro cita a Teresa Arruda Alvim Wambier ao dizer que a antecipação de tutela é instituto moderno, inovação corajosa, *em que o legislador assumiu o risco de permitir que o juiz profira decisão com*

intensidade de riscos e da gravidade dos males, em confronto com as vantagens esperadas.

Assim surgiram no ordenamento as presunções relativas, que não passam de metáfora de um fato. Desvio relativo ao objeto da prova, que é sempre a afirmação de um fato e não o fato em si mesmo, as presunções concorrem deste modo de forma eficaz para simplificação do juízo, por que afastam o ônus de provar alegações de mais difícil comprovação.

É manifesto o risco de erro que resulta das presunções relativas, mas a probabilidade de acerto, sendo comprovadamente boa, compensa esses riscos na maioria dos casos. Na disciplina de presunções relativas reside manifestação eloquente dessa transigência do sistema quanto à preocupação de aperfeiçoar o conhecimento e com isso afastar risco de infidelidade ao ordenamento substancial²⁶⁵.

Mediante essas técnicas a lei mostra-se sensível ao clamor social pela realização daquilo que compete aos juízes, ou seja, pelo cumprimento do serviço de eliminar rapidamente os litígios, com firmeza e com o cumprimento da lei material, desde que isso não seja fator de demoras intermináveis e insuportáveis para as partes e para a sociedade.

6.4. Cognição plena versus Cognição sumária

Vejamos agora com mais profundidade no que consiste a cognição sumária. É uma técnica processual, superficial, isto é, menos profunda no

base em prova não-exauriente. Apresentação da 2ª. edição do livro "Da antecipação da tutela no Processo Civil".

²⁶⁵ Cândido Dinamarco nos fala que é muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão, citando os *interdictas* do Direito Romano clássico, *medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia*, protegendo assim provável direito lesado, em breve tempo e sem as complicações de um procedimento regular. Op. cit., p.138

sentido vertical²⁶⁶. Kazuo Watanabe fala, como já vimos, de escala de intensidade da cognição do juiz.

O processo só tem sentido quando atinge sua principal finalidade em tempo relativamente proporcional às dificuldades da causa. É certo que uma desmedida aceleração traz grave prejuízo à qualidade das decisões. A solução de conflitos de valores é sempre proporcional e nunca despreza um núcleo mínimo ao direito fundamental que foi deslocado para segundo plano. Daí falar-se em relatividade do contraditório – que é direito fundamental, mas sofre limitações com a sumarização do processo de conhecimento, e mesmo nos processos de execução e cautelar²⁶⁷.

O verdadeiro processo sumário é aquele que, em razão da necessidade da rapidez, simplesmente limita a cognição. A técnica, pois, de cognição sumária, pode ser utilizada nos processos cautelares em geral e em processos de cognição exauriente que admitem, por expressa previsão legal, a concessão de provimentos antecipatórios: possessórias, nunciação de obra nova, mandado de segurança²⁶⁸.

Como nos chama atenção Kazuo Watanabe, relativamente aos processos sumários, *cuja característica básica é a sumariedade da cognição, a dificuldade doutrinária está em diferenciar os processos sumários cautelares dos processos sumários tout court.*²⁶⁹ Conceitua-se a ação cautelar em termos restritos, acentuando sua característica de instrumentalidade. Os pressupostos da tutela cautelar, na verdade, encartam a sumariedade da cognição judicial.

²⁶⁶ Kazuo Watanabe. Op. cit., p. 95.

²⁶⁷ Kazuo Watanabe. Op. cit., p.120

²⁶⁸ Arruda Alvim ensina que a sumariedade da cognição existe em outros instrumentos processuais, v.g., em relação a liminares em mandado de segurança e de certa forma nas ações possessórias. RePro 97, p.84

²⁶⁹ Kazuo Watanabe. Op. cit., p.101

São, pois, processos sumários (sumariedade da cognição) cautelares (instrumentalidade): processo cautelar e provimentos antecipatórios (Mandado de Segurança, nunciação de obra nova, etc).

A prestação cautelar é satisfativa, e não meramente assecurativas. Em termos de objeto da cognição judicial – mérito da ação cautelar - é a pretensão material à cautela afirmada na inicial, em relação a qual se forma o pedido da tutela cautelar. A cognição sumária diz respeito, principalmente, ao próprio direito substancial de cautela. Sumariedade significa cognição não exauriente. A prestação cautelar tem caráter satisfativo como qualquer outra, pois satisfaz um pretensão específica.²⁷⁰ Assim, há caráter satisfativo no provimento cautelar, embora a cognição sumária não permita declaratividade com carga suficiente para recebera autoridade de coisa julgada. Este é o processo sumário cautelar.

Já o processo sumário não cautelar é processo de cognição superficial, materialmente sumário, que, por ausência de situação perigosa, retira a cautelaridade. É processo sumário (cognição superficial) não cautelar (ausência de situação perigosa). Das lições de Kazuo Watanabe, *em suma, nos processos sumários cautelares e não cautelares, a sumariedade da cognição abrange o próprio mérito da causa.*²⁷¹

A cognição sumária presta-se ainda como técnica de concepção de processos diferenciados e ajustados à sociedade moderna, que busca por sua vez uma tutela rápida e adequada. O processo comum, de cognição plena e exauriente, possibilita, é certo, a solução de conflitos de interesses de maneira mais segura, com amplos meios de discussão, de provas e de impugnação. Mas questiona-se se não há um excesso de formalismo.

²⁷⁰ Kazuo Watanabe, *in Da cognição no processo civil*, p.105

²⁷¹ Kazuo Watanabe. Op. cit. p.108

A expressão tutela sumária suscita inevitavelmente a idéia de uma cognição de qualidade inferior ante a cognição plena. Para compreender a essência da técnica da tutela sumária, esta deve ser necessariamente posta em contraposição com a técnica do processo de cognição plena.

A cognição plena se caracteriza: a) pela predeterminação legal das formas e dos termos no que se refere a poderes e deveres, faculdades processuais das partes e do juiz, no que se refere a: alegação dos fatos, o pedido, instrução probatória e defesa. b) realização plena do contraditório de forma antecipada (pois o provimento judicial só se dá depois que se garante o ingresso do demandado no processo, defendendo-se. c) a sentença faz coisa julgada formal e material. A essência da cognição plena vai na predeterminação legislativa da modalidade de realização do contraditório. *La globalità delle caratteristiche considerate inducono a ritenere Che il processo a cognizione piena miri tendenzialmente all'accertamento della verità, al raggiungimento della certezza*²⁷².

A primeira característica da cognição sumária é a derrogação da regra, vigente no processo ordinário, segundo a qual o contraditório deve realizar-se em via antecipada relativo ao momento da pronúncia do juiz: *qui il contraddittorio, assente nella prima fase sommaria, può eventualmente essere attivato in una fase successiva che avrà luogo dopo la pronuncia del giudice su iniziativa normalmente del destinatario passivo del provvedimento giudiziale.*²⁷³

O contraditório é postergado: o provimento, emanado antes de sua realização efetiva, será um provimento necessariamente limitado ao conhecimento do fato constitutivo alegado pelo autor com fundamento no direito trazido ao juízo. Outro aspecto é que ao juiz e não a lei cabe postergar ou não o contraditório.

O processo ordinário é regulado segundo o esquema procedimental minucioso e pré-determinado pela lei; o processo sumário caracteriza-se por regras simples de modo a alcançar-se uma simplificação do formalismo processual e, então, uma aceleração na intervenção jurisdicional. É exigência insofismável da tutela sumária a economia do juízo. O objetivo é evitar o custo do processo de cognição plena e evitar o abuso de direito de defesa e efetividade da tutela.

O processo de cognição plena e exauriente tem um custo altíssimo tanto para a parte como para a administração da justiça. O título executivo foi criado com este fim, sob este norte o procedimento monitório. Evitar abuso do direito de defesa significa evitar diligências meramente dilatórias.

6.5. Efetividade da tutela jurisdicional

Outro obstáculo natural já mencionado contra o qual tem de lutar o processo é o decurso do tempo. É inerente ao seu conceito, onde processo é todo procedimento desenvolvido em contraditório, e onde procedimento é uma sucessão de atos encadeados entre si para a produção de um provimento final. *É próprio da idéia de procedimento o durar, o prolongar-se, o tornar-se existentes por etapas*²⁷⁴.

A duração excessiva do processo se contrapõe à sua efetividade. Esta última tem merecido grande atenção por parte dos processualistas, pelo que adotaremos um conceito uniforme, que, como nos ensina prof. Marcelo Lima Guerra, se impõe de forma constante, a saber: *que a tutela jurisdicional se revela efetiva quanto menor for, dentro dos limites do praticamente possível, a diferença entre o resultado que ele proporciona à parte vitoriosa e o resultado*

²⁷² Pisani, Proto, *in* RePro ,p.24

²⁷³ Proto Pisani, *in* RePro, p.24

²⁷⁴ José Rogério Cruz e Tucci, *in* Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, p. 100

*que esta última obteria, em face do ordenamento jurídico, se não tivesse recorrido ao processo para obter esse mesmo resultado*²⁷⁵.

O processo é um acontecimento jurídico dinâmico e como tal acha no fator tempo um de seus elementos característicos e naturais. Do momento de sua instauração, através da propositura da demanda em juízo, ele deve passar por um certo número de fases intermediárias estrutural e funcionalmente coligadas e precisa de um certo lapso de tempo antes de poder atingir o seu epílogo natural com a sentença final. No fator tempo, ou melhor, na duração, o processo parece ter o seu mais problemático e vulnerável aspecto.

Por outro lado, a inexistência de tutela adequada à determinada situação de conflito corresponde à própria negação da tutela a que o Estado obrigou-se quando chamou a si o monopólio da jurisdição. De fato, esclarece o prof. Marcelo Lima Guerra: *é fácil constatar que a ineficácia da tutela jurisdicional significa, praticamente, denegação de tutela jurisdicional, na medida em que essa tutela, não sendo efetivamente prestada, não concede à parte vitoriosa a exata proteção que ela tem direito de obter*²⁷⁶. No mesmo sentido aponta a doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, dando por equivalente a excessiva duração do processo e a denegação de justiça²⁷⁷.

A intolerância cada vez mais difundida em relação à demora do processo civil acompanha a consciência de que a rapidez é elemento indispensável à atuação concreta e efetiva das garantias constitucionais da ação e da defesa e de que a falta de efetividade dos instrumentos processuais pode comportar a acentuação das desigualdades substanciais entre as partes.

²⁷⁵ Marcelo Lima Guerra, *in Estudos sobre o Processo Cautelar*, p.11

²⁷⁶ Marcelo Lima Guerra. Op. cit., p.12

²⁷⁷ José Rogério Cruz e Tucci. Op. cit., p. 100 e ss

A duração do processo pode realmente comprometer o princípio da igualdade substancial²⁷⁸.

José Rogério Cruz e Tucci defende a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal, afirmando que

*não basta pois que se tenha direito ao processo, delineando-se inafastável também a absoluta regularidade deste direito ao processo com a verificação efetiva de todas as garantias asseguradas ao usuário da justiça num breve espaço de tempo, para o atingimento do escopo que lhe é destinado*²⁷⁹.

A noção de celeridade está ligada pois àquela de sumarização material e formal do procedimento cognitivo. Existem situações de direito material que não se compatibilizam com o tempo necessário à cognição exauriente, isto é, procedimentos que pretendam a realização das provas necessárias da cognição exauriente. Tutela urgente implica cognição sumária. Não confundir com o fenômeno processual que se dá nos casos de Mandado de Segurança, que é tutela urgente de cognição exauriente, pois todo o seu procedimento é especial.

Também não se deve confundir, como nos chama atenção Sentis Melendo, com prova *prima facie*, uma vez que *la sumariedad probatória significa una menor amplitud, una reducción del tiempo y de los elementos probatorios, com respecto a la prueba completa o normal; pero non significa*

²⁷⁸ O processo, conforme Luís Guilherme Marinoni, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem, in *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p.23. De fato, a duração demasiada e despropositada é fonte de injustiça social. Assim constatando, Athos Gusmão Carneiro sentencia: *cumpra, pois, uma redistribuição do ônus do processo decorrentes do passar do tempo. Para tanto, impuseram-se formas diferenciadas de tutela, quer buscando abreviar, embora mantida a cognição exauriente, a prolação da sentença de mérito com eficácia de coisa julgada material; quer através de técnicas de preservação provisória e temporária dos interesses daqueles litigantes que, tendo em seu favor uma aparência de bom direito, razoavelmente possa invocar prejuízo grave decorrente da duração do processo*. Op. cit., p.5

²⁷⁹ José Rogério Cruz e Tucci. Op. cit., p. 106

*que el juez haya de atenerse exclusivamente a lo que `prima facie` resulte de los autos*²⁸⁰.

A situação de aparência (*fumus bonis juris*) quando ligada à situação de perigo (*periculum in mora*) legitima a tutela urgente de cognição sumária. O procedimento da tutela sumária antecipatória não admite a realização de todas as provas necessárias à elucidação definitiva das controvérsias, justamente por ser caracterizado pela cognição sumária. O procedimento sumário antecipatório ao homenagear a celeridade restringe o direito à prova, e conseqüentemente à adequada cognição.

A rapidez do processo é um instrumento indispensável não somente para a efetividade, mas também para concreta atuação do direito de ação e de defesa, uma vez que a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão, constitucionalmente garantidos. Os vários problemas que afligem a máquina judiciária, aliada à tomada da consciência, como foi afirmado acima, de que o que importa é também a pacificação social, e não a forma através da qual a mesma é alcançada, levaram à retomada de formas alternativas à solução dos conflitos de interesse, como a arbitragem, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, o procedimento monitorio e até a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas²⁸¹.

Assim é que o próprio processo como procedimento técnico passa por uma “desformalização”, procurando-se uma via mais rápida, econômica e viável. Processualistas modernos e as autoridades legislativas competentes se voltaram ao encontro de soluções técnicas aptas às realizações dessas vias, incentivando às vias desformalizadas de solução dos conflitos.

²⁸⁰ Melendo. Sentis. Op. cit., p.96

²⁸¹ Segundo Athos Gusmão Carneiro, os juizados especiais representam um das maiores conquistas do direito brasileiro em termos de celeridade e de eficiência do processo, *ensejando tutela jurisdicional adequada às lides cíveis definidas como de menor complexidade (em geral de menor valor) e que envolvem, de regra, interesses de pessoas economicamente frágeis. Surgiram no Rio Grande do Sul de forma informal como “Juizados de Pequenas Causas”, sob o patrocínio da Associação de Juízes desse Estado.* Op. cit., p.5

6.6. Procedimento comum (ordinário) versus Procedimento Cautelar

A morosidade da prestação jurisdicional oriunda como vimos das mais diversas causas está ligada, antes de tudo, à ineficiência do procedimento comum, cuja estrutura sem qualquer dúvida se encontra superada. A universalização do procedimento comum "plenário e exauriente" não mais se presta a tutelar todo e qualquer conflito, especialmente os chamados conflitos coletivos e os conflitos de interesse difuso²⁸².

O processo cautelar foi uma das primeiras técnicas de sumarização de cognição para garantia de efetividade de tutela jurisdicional posterior. Tornou-se um remédio usado contra a ineficiência do procedimento ordinário, uma consequência da superação da ordinaryness e uma tendência à busca das tutelas sumárias aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material²⁸³. Era evidente, bastava um rápido exame no cotidiano forense, a necessidade a sistematização das formas de tutelas sumárias de urgência²⁸⁴. A tutela cautelar não deveria assumir uma configuração (a de satisfatoriedade) que desnature a sua função, pois de outra forma restaria como simples de cognição sumária. A tutela cautelar visa tão somente assegurar a viabilidade da realização de uma pretensão outra. Daí porque o prof. Marcelo Lima Guerra chama atenção para seu caráter de instrumentalidade, ou referibilidade, como nos ensina o prof. Luis Guilherme Marinoni.

A necessidade de medidas antecipatórias "sumárias (técnica de cognição utilizada) satisfativas (à pretensão do direito do autor)" dentro de um procedimento abreviado deu origem aos novos modelos processuais, que se

²⁸² Já mencionamos a criticada ausência de tutela inibitória em nosso sistema processual, bem como a carência de tutela diferenciadas em relação à situações que devam ser privilegiadas.

²⁸³ Arruda Alvim, p.58/59

²⁸⁴ Ensina Arruda Alvim que a cautelaridade foi o principal termômetro da necessidade das modificações ocorridas. RePro 97, p.63

encontram hoje disciplinados pelos arts. 461 e 273 do CPC: ação cominatória com tutela antecipada (artigo 461) e a tutela antecipatória do artigo 273. Antes disso, o próprio ordenamento já admitia, dentro do procedimento ordinário o julgamento antecipado da lide, nos casos previstos em lei. E o que é o julgamento antecipado da lide²⁸⁵ que não a supressão do procedimento probatório?²⁸⁶

Já assinalamos o direito à tutela de urgência como direito constitucional à tutela jurisdicional adequada, uma vez que o Estado detém o monopólio da jurisdição, tutela esta que efetivamente satisfaça o interesse da paz social. O processo civil deve ser visto por este ângulo como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da auto tutela, contrapartida essa que para ser efetiva deve traduzir-se na disposição prévia dos meios de tutela jurisdicional adequados às necessidades de tutela de cada uma das situações de direito substancial. O procedimento deve ser adequado às peculiaridades da pretensão de direito material. Muitas vezes apenas essa forma de tutela - de urgência - apresenta-se como a única adequada a uma situação conflitiva concreta.

A medida urgente de natureza antecipatória é uma sentença urgente proferida com grau de cognição altamente sumarizado. O juízo sumário tem de se limitar a afirmar o provável²⁸⁷, mesmo porque já sabemos que a certeza jurídica sempre se resolve em mera verossimilhança. Mesmo a sentença proferida com base em cognição exauriente nunca passará de uma mera afirmação provável, conforme foi explicitado no capítulo II dessa dissertação.

²⁸⁵ Athos Gusmão Carneiro corrige o termo “julgamento antecipado da lide” para “julgamento *imediato* da lide”, op. cit., p.6

²⁸⁶ O fenômeno da satisfatividade esteve e está intimamente ligado às cautelares. Arruda Alvim discorre com muita propriedade sobre o tema, concluindo que a questão em torno das medidas cautelares satisfativas (alcance do efeito prático perseguido) resulta superada com o mandamento dos arts. 273 e 461 do C.P.C. RePro, p.68 e ss

²⁸⁷ O juízo de probabilidade da existência do direito, segundo Arruda Alvim, é aquele que preside o raciocínio e a sensibilidade do juiz, e incide sobre avaliação da pretensão do processo principal (a luz da prova existente na cautelar), já pendente ou que virá a pender, no sentido, por intermédio deste juízo de probabilidade entender que, possivelmente, a pretensão deverá vir a ser havida como fundada. Ou, por outras palavras, o juiz terá verificado haver verossimilhança em relação à pretensão do requerente, pois, em sede de antecipação de tutela normalmente lhe é impossível produzir um juízo de certeza. RePro 97, p.95

6.7. A cognição no Procedimento Monitório

Uma das manifestações mais importantes do chamado procedimento diferenciado é o procedimento monitorio²⁸⁸, fundamentado em dois princípios básicos: o princípio da sumariedade da cognição²⁸⁹ e a outorga antecipada da eficácia sentencial, que diz respeito à efetividade da tutela²⁹⁰. Há uma satisfação antecipada, baseada na preocupação com a efetividade do processo e no respeito ao grau de probabilidade da existência do direito afirmado pelo autor, como ocorre na execução.

A finalidade prática do procedimento monitorio decorre do fato de o Código de Processo Civil estabelecer que a execução forçada parte necessariamente de um título executivo (declaração de certeza), de conformidade com o art. 583 do vigente CPC. Nesta ótica, poderíamos dizer que o processo de cognição tem como função à formação de um título executivo²⁹¹. Assim considerando o processo cognitivo na sua função de preparador de título executivo²⁹², temos o procedimento monitorio como uma forma especial de processo de cognição abreviado²⁹³, posto que também se destina a consecução de um título executivo, sem a necessidade de

²⁸⁸ Reza o art. 1.102-a do CPC: aquele que entender possuir prova escrita de crédito de soma em dinheiro, de entrega de coisa fungível ou de coisa certa móvel poderá propor ação monitoria, desde que tal documentação já não constitua título executivo.

²⁸⁹ O art. 1.120-b do CPC estabelece que o juiz examinará a prova escrita trazida com a inicial. Considerando a peça devidamente instruída, determinará a expedição de mandado para que o réu pague ou entregue a coisa no prazo de 15 dias.

²⁹⁰ No prazo de 15 dias o réu poderá defender-se por meio de embargos, que suspenderá o mandado inicialmente deferido, e o processo seguirá o rito ordinário do processo comum de conhecimento. Nas hipóteses de não embargar tempestivamente ou ter seus embargos rejeitados, a decisão inicial que havia determinado a expedição do mandado se transformará de pleno direito em título executivo judicial – art.1.102 –c, *caput*, parágrafos 2º e 3º, do CPC.

²⁹¹ Das lições de Calamandrei, *en todos aquellos casos, pues, en que la sentencia es susceptible de ulterior ejecución, la fase de cognición no es fin en sí misma: el ciudadano pide al Estado la sentencia porque sabe que podrá después, a base de la misma, pedirle una ulterior prestación jurisdiccional que es la ejecución forzada*. Teríamos pois a cognição como o processo de construção do título executivo: *la cognición tiene solamente oficio preparatório e instrumental, en cuanto la misma sirve para construir um título ejecutivo; pero el fin ultimo es la ejecución*. Op. cit., p.60/62.

²⁹² Eduardo Talamini asservera ser a função essencial do procedimento monitorio brasileiro a de acelerar o surgimento da autorização para executar, ressaltando o caráter abreviador do procedimento monitorio como aquilo que o particulariza e identifica nos diversos sistemas processuais que o adotam, *in Tutela Monitoria*, p.29

²⁹³ Considera-se como processo cognitivo, pois não possui natureza executiva como se poderia pensar. Isto porque, como os ensina Garbagnati, nenhum provimento do juiz que preceda a formação de título executivo pode adjetivar-se de jurisdição executiva: *l'ingiunzione costituirebbe, cioè, un tertium genus intermedio fra la*

ultrapassar todo o item procedimental de um processo de conhecimento de cognição exauriente.

O procedimento monitorio é, portanto, uma espécie do gênero tutela jurisdicional diferenciada, de cognição sumária, caracterizada pela ausência de contraditório inicial²⁹⁴, de natureza não cautelar. O decreto de injunção é pronunciado *inaudita altera pars* e, portanto, com cognição prévia e sumária. Entretanto, não é somente a prova escrita e sua verossimilhança que autorizam a formação do título executivo. A ordem emitida somente se converte em executiva com o transcurso do prazo sem oposição. A ordem de pagamento não se baseia, portanto, somente, como no momento em que foi expedida, sobre a simples declaração unilateral do credor, senão que tem por base a falta de contradição do devedor que, devidamente citado, não se opõe.²⁹⁵

Se a parte não se vale do seu direito de contradizer, não faz surgir a necessidade de uma investigação probatória²⁹⁶. E justamente o que se suprime é o procedimento probatório, tanto assim que, se há embargo, o processo entra no rito ordinário, do processo de conhecimento, direto na instrução. Somente se o demandado permanece inerte, não propondo tempestivamente oposição, o decreto injuntivo conquista a eficácia de uma sentença transitada em julgado do mesmo modo, como nos ensina Edoardo Garbagnati, que aquela sentença transitada em julgado pronunciada em contumácia²⁹⁷ e não impugnada por apelação, inobstante a falta de um contraditório efetivo, causada pela inércia do devedor contumaz²⁹⁸.

cognizione e l'esecuzione, risolvendosi non in un giudizio imperativo, ma in un puro comendo, pronunciato ai soli fini del processo esecutivo, in Il procedimento d'injuncione, p.20

²⁹⁴ Diz Eduardo Talamini que o contraditório não é eventual, nem invertido: simplesmente não há contraditório, de início, *in Procedimento Monitorio, p.29.*

²⁹⁵ Dest`arte, seguindo as lições de Calamandrei, *es, precisamente, la inercia del deudor combinada con la actividad del acreedor, el silencio de aquél frente a la afirmación de éste, lo que constituye la base lógica y jurídica de la declaración de certeza contenida en la injunción, in El procedimiento Monitorio, p.62.*

²⁹⁶ Pela mesma razão que dispensam-se as provas dos fatos não controvertidos.

²⁹⁷ Assim em *Il procedimento monitorio, p.67/73.*

²⁹⁸ Edoardo Garbagnati, *in Procedimento d'injuncione*, p.11

Chama-nos atenção José Rogério Cruz e Tucci para o fato de que, mesmo na ação monitória, modelo procedimental oriundo das técnicas de sumarização da cognição, cinge-se tal sumarização apenas a matéria fática agitada pelo requerente, *permanecendo totalmente intangida a regra de que o juiz deve examinar, como no procedimento comum, os pressupostos de admissibilidade e a idoneidade da prova escrita.*²⁹⁹

É em decorrência da sumariedade da cognição judicial no momento do deferimento do mandado injuntivo que se confere caráter provisório à decisão. A sumariedade da cognição é o instrumento pelo qual a lei consegue o mais rapidamente possível o título executivo, naqueles casos em que é provável a existência do direito. Em outros termos, tem por fim evitar perdas de tempo e dinheiro à formação de um título executivo que o devedor muitas vezes não tem o interesse – nem condições jurídicas - sequer de obstacularizar. É verdade, portanto, que o procedimento monitório elimina, na prática, o aparato custoso do contraditório, quando da inércia do devedor que, provocado para impugnar, não o faz.

No momento de apreciação do pedido de concessão do mandado não se pode falar em prova, no sentido posto no capítulo II, isto é, não há procedimento probatório, só o documento do qual o crédito procede, que bem poderia receber o nome de título injuntivo³⁰⁰; atividade efetivamente probatória só haverá se vier a ser instaurado o contraditório, com o ingresso do devedor/demandado no processo através de embargos, iniciando um processo ordinário de cognição.

Edoardo Garbagnati, na busca de identificar a natureza jurídica do provimento jurídico mandamental, sustenta que a sumariedade da cognição na

²⁹⁹ De fato, assevera Cruz e Tucci que o juiz deve examinar como no procedimento comum, os pressupostos de idoneidade e admissibilidade da prova escrita, *in Devido Processo Legal e Tutela jurisdicional*, p. 165.

³⁰⁰ E, neste rastro, incluir tal título injuntivo na teoria da representação documental do título executivo de que nos fala Marcelo Lima Guerra em seu livro *Execução forçada – requisitos admissibilidade*.

fase inicial não afetaria o conteúdo de tal provimento³⁰¹. Para o autor, o termo cognição sumária teria em seu conteúdo apenas a ausência do contraditório no momento da concessão do provimento.

Eduardo Talamini, em crítica ao professor italiano, assevera que o equívoco ocorre quando o autor resolve igualar o decreto monitório aos provimentos que fazem coisa julgada, isto é, quando se toma o instituto coisa julgada como padrão definidor da natureza jurídica de atos jurisdicionais.³⁰² Isto o leva à negativa do juízo de verossimilhança, posto que reduziria as hipóteses de tutela monitória às hipóteses em que o juiz tivesse adquirido grau de convencimento idêntico ao que teria no momento da sentença no processo comum de conhecimento, de que trataremos a seguir, quando abordamos a antecipação de tutela e a dualidade entre cognição sumária e exauriente.

Temos por correta a conclusão de Talamini, quando afirma que *se a lei estabeleceu o momento inicial do procedimento – antes mesmo de qualquer desenvolvimento instrutório mais amplo – como o destinado à proferição do provimento, é porque se pretende que essa decisão seja proferida à base de cognição substancialmente sumária (não profunda).*³⁰³

Sabendo que a cognição será sumária, realizando o juiz apenas um breve exame donde concluirá se há *boa chance* dos fatos narrados terem ocorridos, é que temos agora o problema da exigência de prova escrita.

Assim é que, no que se refere à exigência de prova escrita, temos que convivem no procedimento monitório a exigência de, nesta prova escrita,

³⁰¹ *la sommarietà della cognizione che precede la pronuncia del decreto incide quindi sulla struttura de procedimento d'ingiunzione e cioè sulla forma e sulla sequenza degli atti coordinati al provvedimento finale del giudice, ma non esclude che attraverso il loro svolgimento si pervenga all'esercizio di quella medesima giurisdizione dichiarativa, del cui concreto esercizio é strumento il processo ordinario di cognizione; cosicché le scopo del procedimento in esame è di pervenire piu rapidamente alla formazione della cosa giudicata quando sia probabili che la posticipazione della provocazione al contraddittorio consenta la chiusura del processo, senza una reazione della parte ingiunta . Procedimento d'ingiunzione ,p.27 e 28*

³⁰² Eduardo Talamini, in *Tutela monitória*, p.80.

³⁰³ Eduardo Talamini, in *Tutela Monitória*, p.82

consubstanciar-se uma forte dose de probabilidade acerca da existência em relação ao fato “crédito”, que de resto é exigência da técnica do procedimento probatório, e de outro a exigência de uma rápida verificação dessa existência – cognição sumária decorrente de um estabelecimento legal. É, portanto, uma questão de estabelecimento, pelo sistema normativo, de valores a que se persegue, de valores a que se privilegia, no caso concreto. Em um segundo momento, com a defesa do devedor, outro valor se alevanta: o da segurança. Aí caímos no procedimento de cognição exauriente, também determinado pelo sistema.

Concluimos que o procedimento monitório poderia ter então como fundamentação exatamente a mesma da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, pois é um processo especial de cognição, no qual o exercício, em forma especial de uma ação ordinária de cognição, provoca a pronuncia, também de forma especial, de um provimento jurisdicional idêntico àquele pronunciado em um processo ordinário de tutela declaratória, inobstante a sumariedade da cognição e ausência de contraditório, isto é, tutela provisória, porém satisfativa, baseada em cognição sumária e na ausência de contraditório. São as novas diretrizes do sistema processual que o legislador brasileiro resolveu emprestar ao Código de Processo Civil, ao reformá-lo.

Como se vê, a “justiça dos tempos modernos” desloca seu eixo da segurança e certeza em que o processo é demorado para o da rapidez e sumariedade fundadas num cálculo de probabilidade.

Acreditamos, pois, que uma postura racional do legislador deveria reservar a ordinariedade apenas àqueles casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência do direito que cada uma das partes alegar possuir seja praticamente equivalente, de modo que o juiz somente depois da instrução ultimada poderia decidir-se³⁰⁴. Não reflete o

³⁰⁴ Tal postura nos remete ao problema dos limites dos poderes do julgador.

devido processo legal a demora do processo redundando ao sacrifício do autor que demonstra *prima facie* o seu direito em um razoável índice de probabilidade. Muitas vezes a contestação oferecida pelo réu carece de consistência nos pontos fundamentais do litígio evidenciando-se como injusto prejuízo ao autor a dilação da tutela pretendida.

6.8. Procedimento de cognição sumária e tutela antecipatória de urgência

Uma outra manifestação dos ditos procedimentos diferenciados é a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito. A reforma processual introduziu em nosso ordenamento jurídico, ao art.273 do Código de Processo Civil, a chamada tutela antecipatória. Reza o artigo que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu³⁰⁵.

Tal é o teor do caput do artigo 273 no vigente diploma processual. Trata-se pois de tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, de natureza mandamental que se efetiva mediante execução dita "*lato sensu*", com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já

³⁰⁵ Marinoni ensina que *no jogo entre tempestividade e segurança, a tutela antecipatória fundada no abuso do direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito.* P.27.

que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, não há mais de se falar, como foi enunciado acima, na utilização do expediente das impropriamente denominadas “cautelares satisfativas” nos procedimentos de cognição sumária, que constituía em si mesma uma contradição em termos, pois as cautelares nunca satisfazem, pela sua natureza de provimento provisório e instrumental. Se a medida é satisfativa é espécie do gênero tutela diferenciada.

A tutela antecipatória dos efeitos de mérito da sentença tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos, de natureza satisfativa. Mesmo que fundada na urgência não tem natureza cautelar, pois sua finalidade específica é adiantar os efeitos da tutela de mérito, e não assegurar o resultado prático de outra demanda nem a viabilidade do direito afirmado pelo autor³⁰⁶.

Também não se confunde com o julgamento antecipado – imediato - da lide, porque neste último há o julgamento do próprio mérito da causa de forma definitiva, sendo proferida sentença, de extinção do processo, com apreciação da lide. No caso da tutela antecipatória dos efeitos de mérito da sentença, a antecipação se dá na forma de decisão interlocutória, sem extinção do processo, e, portanto, é decisão provisória, impugnada via recurso de agravo. Aqui a decisão é impugnável via recurso de agravo, não sendo apta a fazer coisa julgada; ali, a decisão é impugnável via recurso de apelação, não sendo este interposto, sujeita-se à coisa julgada material, já que é uma sentença, ato pelo qual se põe fim ao processo.

³⁰⁶ O objeto da antecipação é a própria tutela pretendida, total ou parcial: *não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.* Cândido Rangel Dinamarco, op. cit. P.139

Tanto é assim que nem sempre a tutela antecipatória tem como móvel a urgência. Pode ser concedida se houver abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, o que nos remonta ao conceito de efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de estar o réu utilizando-se do processo com intuito de postergar o cumprimento de uma obrigação. A tutela cautelar tem sempre como ponto de partida a urgência, caracterizada pelo *periculum in mora*.

A concessão, tal como se dá com as cautelares, não é ato de faculdade ou discricionariedade do juiz: preenchidos os pressupostos legais para a concessão, tem o juiz a obrigação de concedê-la. A formação da convicção é sempre baseada no livre convencimento, mas tal se dá antes da concessão em si: convencendo-se da presença dos requisitos legais, deve o juiz conceder a antecipação de tutela pleiteada. A liminar pode ser concedida sem o consentimento do réu, se do conhecimento puder resultar ineficaz a medida.

A cautelar tem sentido publicista, ou seja, é para garantir a eficácia de outro processo, e, como um todo, a efetividade do ordenamento jurídico. Na antecipação dos efeitos satisfativos cuida-se de proteção realmente efetiva a um direito subjetivo³⁰⁷.

O conceito marcante na apreciação da tutela antecipatória é o de prova inequívoca, bem como o de verossimilhança, esboçado no capítulo II. A

³⁰⁷ Segundo lições de Athos Gusmão Carneiro, *percebe-se de logo a profunda diferença entre as providências que objetivam apenas garantir a justiça e a eficiência prática da futura (provável) sentença, e aquelas providências que antecipam, integrando-o no patrimônio jurídico do autor (no todo ou em parte) exatamente aquele bem da vida postulado pelo demandante. As primeiras eram e são realmente cautelares, stricto sensu. As segundas, embora sob as “vestes processuais” das medidas cautelares, revestem-se de natureza satisfativa, utilizando-se os litigantes do art. 798 do C.P.C. como válvula de escape para alcançar a efetividade processual. E continua: uma coisa é proteger, mediante processo autônomo, a eficiência da sentença a ser proferida em outro processo, dito “principal”. Coisa substancialmente diversa é realizar desde logo, embora provisoriamente, a pretensão contida no “processo principal”. Op. cit., p.07.*

inequívocidade traduz-se no conceito de certeza, formada na convicção íntima do juiz³⁰⁸.

Carreira Alvim explica-nos que *verossimilhança da alegação não pressupõe necessariamente a prova inequívoca*. Não há nem mesmo uma precisa correspondência doutrinária destes vocábulos entre os juristas³⁰⁹.

Também Ernani Fidélis dos Santos afirma que as condições gerais de antecipação da tutela de mérito são a existência de prova inequívoca e o convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, isto é, da procedência do que se pede³¹⁰.

Quanto ao aspecto lógico, prossegue o jurista,

*parece haver contradição porque se verossimilhança não é o que é verdadeiro, mas o que parece ser verdadeiro, não há como considerar-se em tal consequência a inequívocidade da prova. Em outras palavras, prova inequívoca deveria conduzir-se não à verossimilhança, mas a certeza da própria verdade. Acontece porém que todo conhecimento é relativo. Não se pode dizer que o homem chegue ao conhecimento absoluto da verdade, senão a um juízo de máxima probabilidade.*³¹¹

A prova inequívoca seria a prova concludente, pela qual, não havendo nenhum motivo contrário para descrer, chega-se a um juízo de máxima probabilidade. Verossimilhança, como já se demonstrou, é conceito puramente subjetivo, servindo apenas para indicar o que certas alegações, em dado momento, são apenas consideradas parecidas com a verdade.

³⁰⁸ Kazuo Watanabe, citado pro Athos Gusmão Carneiro, leciona que a prova inequívoca não é a mesma coisa que *fumus bonis jûris* do processo cautelar. E prossegue: *o juízo fundado em prova inequívoca, em prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples fumaça, que permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito*. Da antecipação de tutela no processo civil, p.22

³⁰⁹ Carreira Alvim apoia-se na afirmativa de que o conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor, no caso dos doutrinadores, e, conclui, continuará a depender do de cada juiz no momento de decidir sobre o pedido de antecipação de tutela, *in Ação Monitória*, p.169.

³¹⁰ Santos, Ernani Fidélis dos. *Novíssimos perfis do Processo Civil Brasileiro*, p.136

³¹¹ Ernani Fidélis dos Santos. *Op. cit.*, p.136

Nestes casos, acrescenta o professor paulista, se existem motivos maiores para se crer e motivos para não se crer, o fato será simplesmente possível; se os motivos para se crer são maiores, o fato já será provável; se todos os motivos são para se crer, sem nenhum para não se crer, o fato será de probabilidade máxima. Verossimilhança e prova inequívoca são, pois conceitos que se complementam exatamente para informar que a antecipação da tutela somente pode ocorrer na hipótese de juízo de máxima probabilidade.³¹²

Basta, portanto, um exame em algumas posições doutrinárias para se constatar que o conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor e *continuará a depender do de cada juiz no momento de decidir sobre o pedido de antecipação de tutela. O que é verossímil para um, pode não ser para o outro, dependendo do grau de percepção individual.*³¹³

Conclui-se, pois, que para a tutela antecipatória, diz-se que convencimento de verossimilhança nada mais é do que um juízo de certeza, de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se fundamenta a pretensão, em razão da inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário³¹⁴. A prova inequívoca é a que permite por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro.

No tocante especialmente à verossimilhança, sustenta-se que o melhor critério é o da probabilidade, que consistirá na predominância dos motivos convergentes à aceitação de determinadas proposições. Assim, *diante de uma alegação, a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que*

³¹² Ernani Fidélis dos Santos. Op. cit., pp.36/37

³¹³ José Eduardo Carreira Alvim, in Ação Monitória, p.169

³¹⁴ Lembra Athos Gusmão que a evidência levaria ao julgamento antecipado da lide. Op. cit., p.27

*resulta, por seu turno, na análise dos motivos que lhes são favoráveis (convergentes) e dos que lhes são contrários (divergentes).*³¹⁵

O trinômio alegação, fato e prova, está indissolúvelmente ligado, para fins de antecipação de tutela, porquanto, quando se fala em verossimilhança da alegação, tem-se por verossímil também o fato a que se refere, e, igualmente, a prova em que se apóia, ainda quando não haja necessidade de ser provado, em face de alguma circunstância externa ao próprio fato (fato incontroverso, notório, coberto por presunção legal absoluta, etc.).

*Pode-se concluir que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou cuja autenticidade ou veracidade seja provável. Calamandrei considera a prova relevante (p.180), onde há um juízo de direito que contem germe da decisão definitiva de mérito.*³¹⁶

William Santos Ferreira questiona se há duas certezas num mesmo processo, uma vez que o provimento antecipatório pode ser revogado no provimento final. Não há duas certezas, esclarece o autor, *embora duas decisões sejam proferidas em momentos distintos.*³¹⁷

Para a primeira exige-se algo muito próximo da convicção final. O juiz, na análise do pedido da tutela antecipada, se encontrará diante de um quadro processual mais pobre (cognição parcial), por isso é que a lei fala em prova inequívoca combinada à apuração de verossimilhança da alegação, e isto significa forte probabilidade: ser bastante possível de que ao final da instrução probatória confirme-se o que alega o autor da ação. A forte probabilidade nada mais é que algo muito próximo da convicção para o momento processual da concessão da tutela antecipada, com duas características:

³¹⁵ José Eduardo Carreira Alvim, *in* Ação Monitória, p.171

³¹⁶ José Eduardo Carreira Alvim, *op. cit.*, p.180

³¹⁷ William Santos Ferreira, *in* Tutela antecipada no âmbito recursal, p.143

- a) a convicção do juiz para a concessão da tutela antecipada não tem a mesma carga da convicção do momento em que julga definitivamente a ação, pois seria exigir do magistrado algo impossível, ante a primeira tratar-se de cognição parcial;
- b) os elementos – argumentos e provas- que permitem ao julgador conceder a tutela antecipada – cognição parcial – não precisam necessariamente ser os mesmos que o habilitem a prolatar a sentença (cognição plena e exauriente), mas, neste momento, não anteverá o julgador argumentos e provas que o levem a outra conclusão.

Ao final, conclui o professor paulista:

a grande diferença entre os requisitos do provimento que analisa o pleito da tutela antecipada e o que julga o feito, na grande maioria dos casos, reside nas seguintes premissas: na sentença o juiz não espera mais nada do processo e na análise do pleito da tutela antecipada, o juiz ainda conta com a possibilidade de alteração do quadro probatório e argumentativo então existente – art. 273, §§ 4º e 5º do CPC ou de uma nova apreciação, se de recurso se tratar³¹⁸. A verossimilhança como está posta no artigo denota a intenção do legislador em legitimar a continuidade do processo até seu final julgamento.³¹⁹

Eduardo Talamini posiciona-se no seguinte sentido:

não é, em si e por si, mensurável o grau de convencimento de que é dotado o juiz no momento em que sentencia acerca do mérito. Eventualmente, não há plena convicção pessoal do magistrado quanto aos fatos, e ele mesmo assim acaba tendo de decidir, valendo-se de máximas de experiência e dos critérios de distribuição dos ônus probatórios. Por isso, não é o grau de convencimento do juiz, no momento da sentença, que permite qualificar a

³¹⁸ Também Eduardo Talamini: *Quanto ao grau de convencimento, só se pode cogitar objetivamente de um único aspecto psicológico diferenciador entre a decisão contida no provimento que defere a tutela monitoria e a na sentença condenatória no processo comum de conhecimento: por ocasião da sentença, o juiz já sabe que, por tudo o que se desenvolveu instrutoriamente, não é possível chegar a resultado melhor; na decisão que determina a expedição do mandado, pode haver a dúvida de que, com procedimento probatório mais amplo, algo mais viesse a ser descoberto. In Tutela Monitoria, p.81.*

³¹⁹ William Santos Ferreira. Op cit. p.149

atividade cognitiva então encerrada com exauriente ou não. O adequado critério para classificação (sumário versus exauriente) é dado por aquilo que se fez antes, no curso do processo, melhor dizendo, o que se possibilitou fazer para chegar à decisão. Processo cujo momento da sentença encontra-se depois de ampla permissão de instrução e debate é de cognição plena, exauriente. Já quando o provimento não é precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária. Resumindo: a estrutura procedimental instrutória repercute necessariamente na qualificação da cognição. O grau de convencimento do juiz é insondável.

6.9. A simplificação do procedimento probatório e o contraditório

A afirmação da escola do livre convencimento do juiz, em contraposição ao princípio da legalidade da prova, foi o primeiro passo dado em direção à simplificação do procedimento probatório, e o título mesmo deste item está a indicar que autores há que consideram o procedimento probatório ainda inutilmente complicado por um formalismo excessivo.

A abolição dos limites legais de admissibilidade dos meios de prova e o alargamento do poder instrutório de ofício podem ser a chave da simplificação da disciplina do juízo de fato. Essa simplificação pode se dar por via legislativa, através do parlamento - poder legislativo, ou mesmo por via paralegislativa, caso ocorra, nos países europeus, através do pronunciamento de uma corte constitucional.

Um dos alvos da batalha que se trava hoje na doutrina processualística, com realce à italiana, diz respeito aos limites legais de admissibilidade dos meios de prova, genericamente especificados em lei, buscando uma abolição do julgador de tais princípios, na análise de cada caso concreto. O que se questiona é o rigor jurídico da exclusão de determinados meios de prova, pois deveria ao juiz ficar a cargo a admissão ou não de meios de provas na solução dos conflitos interindividuais, até mesmo nos casos de provas obtidas por meios ilícitos.

Quanto ao alargamento do poder instrutório de ofício, deve se entender que, quando o juiz admite certo meio de prova, o faz no intuito de reconstruir a verdade, e não de prejudicar uma ou a outra parte, uma vez que, por princípio, pode se dizer que ambas estão interessadas no assentamento da verdade dos fatos.

Em relação ao contraditório³²⁰, temos o problema da sua postergação. Um primeiro dado que não podemos desprezar são os largos confins deste princípio constitucional, acrescentando a noção de que o procedimento probatório é um “sub procedimento” dentro do processo civil, podemos, para efeitos de conclusão destes estudos, estreitar-lhe o conceito para a garantia relativa ao direito à informação³²¹.

Das lições da Prof^a. Ada Pellegrini Grinover³²², temos contraditório como um método de busca da verdade baseado na contraposição dialética das alegações das partes, bem como uma forma organizada de cooperação no processo. Esse segundo aspecto do conceito nos interessa. Plenitude e efetividade de contraditório não se traduzem somente e unicamente na

³²⁰ Segundo lições de Paulo Henrique Lucon, *hodiernamente, o contraditório representa verdadeira meta política de legitimação do provimento jurisdicional ou administrativo mediante a outorga, pelo ordenamento jurídico de garantia de participação igualitária das partes no processo, in Garantias constitucionais do Processo Civil*, p.102.

³²¹ Tomemos das lições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira alguns dos principais aspectos referentes ao momento processual do princípio em comento. Segundo o professor, *os anseios de grande parcela da população, a recorrer em desespero ao Judiciário para a solução de conflitos agudos, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado, colabora para o descrédito da jurisdição e acarreta, juntamente com outros fatores, a demora excessiva do processo fazendo com que se forme um caldo de cultura propício à quebra do contraditório, estimulando as liminares conservativas ou antecipatórias, correndo o risco que a tutela de emergência passe a ser a Justiça “tout court”. Nessa matéria, ainda mais ressalta o princípio geral da adaptação, de tal modo que só se poderá adiar o contraditório para um momento posterior na justa medida em que o provimento judicial, emitido “inaudita altera pars”, seja idôneo para atingir a finalidade a que se propõe a lei e em consonância com os pressupostos nela estabelecidos. Essa idoneidade decorre principalmente da proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer sem o deferimento da cautela ou da tutela cuja antecipação se pretende, condicionada ainda à provável existência do direito afirmado. Quando a urgência não se revele em todas as galas da evidência, quando o direito alegado não for suficientemente evidente e débil s apresente a prova trazida pelo requerente da antecipação e principalmente não houver perigo a prevenir, a postergação do contraditório não estará autorizada, ilação que naturalmente não desautoriza o deferimento da antecipação em momento posterior, se surgirem elementos novos para tanto. Somente com o atendimento destes requisitos, insista-se, tanto de natureza formal quanto material, pode se dá interferência no princípio do cotraditório, p. 147. Ao mesmo tempo em que ocorre, no nosso sistema processual, o fortalecimento do contraditório – como contraposição dialética – com os procedimentos e cooperação para solução de conflitos (mediação, arbitragem) ocorre seu enfraquecimento determinado pela urgência. P.148*

necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando a uma distribuição desigual de forças³²³. O objetivo principal da garantia do contraditório não é a defesa, mas sim a influência, a possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo. O próprio direito de ação e de defesa e o princípio do contraditório representam o direito a se desenvolverem todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo.

Concluimos por anunciar que, se de um lado diversas formas de prestação de tutela jurisdicional foram concebidas suprimindo a participação dialéticas das partes na produção do material probatório que fundamentou tal decisão, o contraditório foi prestigiado quando da nova redação do *caput* do art. 331 do CPC que determina que, nos processos ordinários, não sendo o caso de extinção do processo, nos termos dos arts. 267 e 269 do CPC, ou de julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330, o juiz deverá designar audiência preliminar, intimando as partes para que compareçam pessoalmente ou através de advogado com poderes expressos para transigir³²⁴.

³²² Vide sobre o tema excelente artigo da professora Ada Pellegrini Grinover no livro *Novas Tendências do Direito Processual*.

³²³ O contraditório está precisamente no direito de participação no processo, mediante a utilização de todas as armas legítimas e disponíveis destinadas a convencer o julgador a outorgar um julgamento favorável a quem tem um direito. Paulo Henrique Lucon in *Garantias constitucionais do Processo Civil*, p.103. Entretanto, como já tivemos oportunidade de mencionar, um formalismo no exercício do contraditório assim concebido poderá gerar o efeito inverso, contribuindo para agravar a desvantagem daquele que quer ver o seu direito realizado.

³²⁴ A tentativa de conciliação, assim entendida por Wambier, é verdadeira meta a ser atingida em apoio à idéia de otimização dos serviços do Poder Judiciário, in Curso Avançado..., p.581.

CONCLUSÕES

Apresentaremos nossas conclusões na mesma ordem com que os temas foram tratados ao longo da pesquisa:

- 1) O critério para a conceituação do processo enquanto categoria fundamental não se resume na presença do contraditório, mas na razão de exigência deste contraditório, isto é, em função de que no processo de prepara um provimento estatal, ato de poder, imperativo por essência. Se acrescentarmos a tal noção àquela de Estado Democrático de Direito, identificamos no contraditório uma exigência política, para a legitimação de um provimento jurisdicional que interfere na esfera jurídica das pessoas. As razões para legitimar uma postura do Estado fundam-se nos valores que o ordenamento elege como prioritários.
- 2) As normas jurídicas são proposições prescritivas, vinculantes de um comportamento, que devem ser aplicadas a eventos fáticos, sendo este o núcleo central da aplicação a norma: a apreciação dos elementos da situação de fato.
- 3) Os eventos são objetos da experiência, são tudo aquilo acerca do qual fazemos afirmações, capazes de serem enunciados. Já os fatos são as enunciações lingüísticas destes eventos. O conhecimento da realidade, por sua vez, envolve necessariamente uma representação. A representação é um sucedâneo da percepção: serve para despertar, mediante um equivalente sensível, a idéia que viria primariamente determinada pela percepção de um evento. Desperta a idéia de um evento mediante a percepção de outro.

- 4) A verdade surge como um problema técnico a ser resolvido pelo Direito, abstraindo-se de sua significação filosófica. Do ponto de vista jurídico processual, a procura e o conhecimento da verdade tem de constituir-se em uma relação técnica, como um problema funcional técnico que o processo tenha de ultrapassar para atingir o seu fim último da realização da vontade concreta do direito.

- 5) Todo o sistema processual civil é pré-ordenado não só a consentir, mas a impor que o juiz se contente, ao avaliar o fato, com uma verossimilhança. Ultrapassou-se o dogma da certeza, que orientou durante muito tempo a teoria do processo, não passando este conceito de um estado íntimo, subjetivo do julgador, que deve ser desprezado, posto que em nada altera o resultado final do processo. Em que pese algum incômodo do ponto de vista psicológico, não tem nenhuma relevância jurídica, posto que o dispositivo da sentença isola-se de seus motivos e muito mais ainda do estado anímico do prolator. A imperatividade das decisões é sempre a mesma, nada influenciando o grau mais ou menos elevado de convicção com que foram emitidas.

- 6) A verdade sobre um fato é, então, um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes: a verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação. Não há mais de se buscar no íntimo do sujeito a razão, mas na argumentação, e a prova é peça de argumentação no diálogo judicial.

- 7) A cognição é uma técnica judicial específica do direito processual para o atingimento do conhecimento, donde a prova situa-se na teoria do conhecimento. A cognição pode ser plena e exauriente ou sumária superficial e até eventual.

- 8) O conhecimento é a relação entre dois elementos, juízo humano e objeto. O conhecimento pressupõe um método, que a lógica formal desenvolveu na dedução e na indução, sendo a percepção a primeira forma de atividade do sujeito perante o objeto.
- 9) O método dedutivo e o indutivo são postos em discussão pela lógica jurídica, pela lógica da argumentação, onde as razões fornecidas variam conforme o sistema. No direito há argumentações, para um raciocínio específico dos juristas.
- 10) Argumentação é essencialmente adaptação ao auditório e destina-se a motivar as decisões judiciais, donde todo o desenrolar do processo visa ao convencimento do juiz, numa sentença motivada que também em si é uma tentativa de persuasão.
- 11) Adotamos então o conceito de prova como sendo todo meio argumentativo-retórico, apto a justificar uma escolha, feita dentre as teses apresentadas pelas partes no processo, convencendo da validade das proposições enunciadas na decisão judicial, superando o paradigma da reconstrução de um fato pretérito, dimensionando o conceito de prova com a idéia de *construção* da verdade.
- 12) A qualidade de fonte de prova consiste em que delas deriva um argumento para estimar a existência ou a inexistência de um fato enunciado. As provas jurídicas assim se classificam em diretas e indiretas, sendo estas últimas as provas indiciárias, cujo resultado é a presunção.
- 13) O motivo para a criação das presunções foi a necessidade de sanar a dificuldade ou suprir a impossibilidade de provar certos fatos mediante provas diretas. As presunções são técnicas de arrumação,

que suprem deficiências probatórias, disciplinam verdadeira construção de fatos jurídicos, alarga, os confins do horizonte cognoscitivo do julgador e aumentam a possibilidade de maior realização da ordem jurídica, ao permitir que alguns fatos sejam conhecidos por meio de relação jurídica de implicação existente entre os indícios e os fatos indiciados, gerando a presunção.

- 14) No que se refere aos poderes instrutórios do juiz, temos um questão relativa a organização interna do processo civil, conforme arrumem-se interesses público e privado que confluem no processo civil e determinam a maneira como se deve desenvolver a função jurisdicional. Se é certo que a publicidade da jurisdição contamina a estrutura interna do processo civil, surge a visão do juiz como sujeito empenhado no acertamento do conflito, na efetividade da tutela jurisdicional, na restauração da ordem jurídica violada e na manutenção equilibrada desta mesma ordem.

- 15) Os problemas acerca do poder de participação do juiz na atividade probatória gravitam em torno do questionamento sobre quais os limites que se devem estabelecer na concessão de poderes ativos de intervenção. Um apanhado de informações históricas no direito processual mostra que a evolução do processo pode ser definida como um constante ir e vir, permanentes marchas e contra-marchas de concessão de poderes ao juiz de praticar atos de ofício. Entendemos que o juiz pode intervir ativamente, determinando a produção de material probatório sempre que com isto contribua para o equilíbrio das partes no processo, assegurando às partes informações e instruções sobre seus poderes processuais, avizinhandose o mais possível dos litigantes para excluir decisões mal fundamentadas e ilegítimas.

- 16) Assistimos a um duelo entre os valores celeridade e segurança dentro do nosso sistema processual civil. Na verdade, toda a doutrina processual atenta a soluções técnicas que privilegiem um ou outro destes valores. A busca pela verdade – reconstrução histórica de fatos passados – guiava-se pelo valor segurança, e tornou-se um dogma que culminou desvirtuando a finalidade prática do processo: resolver o conflito e restaurar a ordem jurídica violada. Não se pode aprisionar o resultado útil do processo no dilema acerca do acerto da situação de fato. O valor celeridade reflete então a própria razão de ser do processo, como instrumento de atuação do direito violado.
- 17) Quando o ordenamento privilegia o valor celeridade da realização da justiça no caso concreto, surge o embate com as formas. O formalismo traz em si a idéia de: organização do procedimento, emprestando-lhe previsibilidade e limitação ao poder do Estado (controle do arbítrio do julgador) na prestação de tutela jurisdicional. Como uma técnica que viabiliza uma atividade coordenada entre as partes e o julgador, não pode o formalismo engessar a prestação da tutela, sendo orientada principalmente pela preocupação finalística do processo com a realização da justiça no caso concreto, pelo que se proclama uma informalização dos procedimentos empregados no acerto da questão de fato.
- 18) Com a reforma processual voltada a satisfação do valor celeridade – busca de soluções, através da sumarização material e formal de procedimentos cognitivos - em detrimento ao valor segurança – busca da precisão – permitiu-se ao sistema operacionalizar institutos como o procedimento monitório e a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (comumente prestada após procedimento de cognição plena e exauriente). A cognição

sumária já estava presente em nosso ordenamento nos procedimentos de que previam em seu íter a concessão de provimentos antecipatórios, como o mandado de segurança, isto é, o sistema já se havia permitido dispor, em certos procedimentos especiais, da técnica de cognição sumária para efetivar a busca de uma tutela rápida e adequada.

- 19) A falência do uso indiscriminado do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente destaca-se pelo desenvolvimento dos chamados direitos difusos ou direitos supra-individuais, bem como a postura que a nova ordem constitucional inaugurou no que diz respeito aos direitos fundamentais do cidadão, dando azo a que o sistema preconizasse uma desformalização dos ditos procedimentos, com vias a realizar a pacificação social.

- 20) O procedimento monitorio é exemplo claro dessa nova postura do ordenamento perante a realização do direito para garantir a harmonia social e contem em si as duas vertentes que norteiam as reformas processuais recentes: a sumariedade da cognição e a outorga antecipada da eficácia sentencial. Entendemos que o sistema estabeleceu, em nome da abreviação da prestação da tutela jurisdicional pretendida, que o julgador, numa atividade cognitiva sumária, em se convencendo da atendibilidade das alegações, poderia gerar uma ordem executiva. A limitação de cognição foi posta pelo sistema e não em virtude da verossimilhança que o juiz pode verificar. Ademais, a provisoriedade do decreto monitorio reestabelece o equilíbrio entre os valores celeridade e segurança, prestigiando agora o sistema este último, convertendo-se tal provimento em definitivo pela ausência de manifestação da parte adversa.

- 21) O mesmo raciocínio fundamenta a possibilidade de concessão de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, que trouxe para dentro do procedimento ordinário a possibilidade de concessão de provimento que tem caráter satisfativo, sem que se encerre o processo, estendendo até para o nível de agravo de instrumento parente o 2º grau de jurisdição.
- 22) A postura que o ordenamento adotou perante o contraditório não é diferente daquela adotada quando se abandonou o sistema de prova legal para o livre convencimento do julgador, o quando o legislador reconheceu no indício uma fonte de prova, posto que tais posturas se fundamentam no valor que orienta o sistema processual então vigente: quando o ordenamento escolhe privilegiar valores de celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, estimula-se a desformalização dos procedimentos e o princípio do contraditório fica sujeito à inobservâncias, fundadas em razão de uma proporcionalidade existente entre o prejuízo processual causado por essa quebra e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer caso não haja essa quebra. O enfraquecimento do contraditório determinado pela urgência na prestação de tutela encontra um contraponto quando de seu fortalecimento no que se refere a cooperação das partes na solução do litígio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Tratado de Direito Processual Civil, 2ª ed. Refundida do volume I do Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

- _____. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª ed refundida. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, parte geral, 1986.
- ALVIM, Arruda & PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento*, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol II, 1991.
- ALVIM, Arruda. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação da tutela. Obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias.* Revista de Processo nº 97, Ano 25, janeiro/março, 2000.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Procedimento Monitório (Ação Monitória)*, 2ª ed. 5ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 1997.
- . *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.
- _____. *Ação monitória e temas polêmicos da Reforma Processual*, 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.
- ANDOLINA, Italo & VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della Giustizia Civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- _____. *Il modello costituzionale del processo civile italiano, corso di lezioni*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990 (em coop. Com Guiseppe Vignera).
- BARRETO, José Anchieta Esmeraldo & MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. *O problema da indução – o cisne negro existe*. Fortaleza: Edição dos Autores, Fortaleza, 1993.
- BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Direito e Processo - influência do Direito Mateiral sobre o Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- CALAMANDREI, Piero. *Studi sul Processo Civile*, volume sexto. Padova: CEDAM, 1957.
- _____, Piero. *El procedimiento monitório*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L1946.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina, 6ª edição revista, Coimbra, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las pruebas en el Proceso Civil*.
- CARNELUTTI, Francesco. *Da Prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
- *Derecho y Proceso*, trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.

- CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in: Studi in onore di Enrico Redenti, Milano: A. Giuffrè Editore, vol II.
- CARNEIRO. Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CHIARLONI, Sergio. *Formalismi e Garanzie - Studi sul Processo Civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.
- COSTA, Newton C. A. da. *Ensaio sobre o fundamento da lógica*, 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera edición. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed. Coleção Studium. Coimbra: Armenio Amado- editor, sucessor, 1979.
- DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*, 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.
- DENTI, Vittorio. *Un Progetto per la Giustizia Civile*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1982.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- . *Execução Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- . *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- . *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, vol. I, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- DINI, Enrico A. & MAMMONE, Giovanni. *Il provvedimenti d'urgenza nel diritto Processuale Civile e nel Diritto Del Lavoro*, 7ª. ed., Milano: Giuffrè Editore, 1997.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, PADOVA – CEDAM, 1975.
- FERES, Carlos Roberto. *Antecipação de Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.
- FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*, RPC – Recursos no Processo Civil – 8, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- FURNO, Carlo. *Contributo alla Teoria della Prova Legale*. Padova: CEDAM, 1940.

- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação – enfoque sobre o interesse de agir no Processo Civil Brasileiro*, Coleção Estudos de Direito de Processo, Coleção Enrico Tullio Liebman. São Paulo: RT, vol. 43, 1999.
- GARBAGNATI, Edoardo. *Il Procedimento D'ijnuncione*. Milano: Giuffrè, 1991.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- et al. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Editora Juruá, 1994.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civi*, 4ª ed., atualizada por Pedro Arakgonex, Madrid: Civitas, 1998.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre Processo Cautelar* São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- . *Execução forçada - controle de admissibilidade*. 2ª ed., revista e atualizada. Coleção Estudos de Direito de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- GUERRA FILHO. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- GUILLÈN, Victor Fairen. *Doctrina General del Derecho Procesal - Hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Libreria Bosch, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª edição revista. Fundação Calouste Gulbenkian, 1983
- LIEBMAN. Enrico Tulio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Nozioni introduttive - parte generale; il processo di cognizione. Dott. Milano: A. Giuffrè – Editore, 1952
- LUCON, Paulo Henrique. *Garantia do tratamento paritário das partes*, in: **Garantias constitucionais do Processo Civil** (cord. José Rogério Cruz e Trucci), 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das Provas em matéria Criminal*, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1960.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil, o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do Direito Processual*. São Paulo: RT, 1993.
- . *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: RT, 1997.

- . *Tutela inibitória – individual e coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 5, tomo II, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINONI, Luis Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz (coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 5, tomo I, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. III, 1967.
- MELENDO, S. Sentis. *La prueba – Los grandes temas del derecho probatório* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la Preuba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.
- MONTESANO, Luigi. *La Tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino: UTET, 1985.
- MONTESANO, Luigi & ARIETA, Giovanni. *Diritto Processuale Civile I – Le disposizioni generali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.
- _____. As presunções e as provas, in: **Temas de Direito Processual**, 1ª série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *O problema da “divisão do trabalho” entre juízes e partes*. Aspectos terminológicos, in: **Temas de Direito Processual**, 4ª série, São Paulo: Editora Saraiva.
- _____. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, in: **Temas de Direito Processual**, 4ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- _____. *Sobre a participação do juiz no processo civil*, in: **Temas de Direito Processual**, 4ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- NERY Júnior, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do Processo Civil – tutela jurídica processual, ação. Processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NUNES, Luiz Antônio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

- _____. Garantia do contraditório, in: **Garantias constitucionais do Processo Civil**, (cord. José Rogério Cruz e Tucci), 1ª ed., 2ª tiragem,. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm & OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação, a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PISANI, Andréa Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, in: **Revista de Processo**, Edição Especial – REPRO 90, ano 23, abr, jun / 1998.
- PORTO, Sérgio Gilberto (coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 6, 2000
- REALI, Miguel. *Filosofia do Direito*, 16ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- . *Lições preliminares de Direito*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, vol. I, 1991.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, vol. II, 1988.
- _____. *Novíssimos perfis do Processo Civil Brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2º vol., 1991.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Pamplona (Espanha): Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1973
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória – Ação monitória – lei nº 9.079/95*, 2ª. ed. revista, atualizada e ampliada. **Coleção Estudos de Direito de Processo** Enrico Tullio Liebman, São Paulo: RT, vol. 37, 2001.
- TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*, CEDAM
- TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*, Pubblicazioni della Università di Pavia - nuova serie, Padova: CEDAM, vol. 3, 1975.
- TARUFFO, Michele. *Studi sulla Rilevanza della Prova*, Pubblicazioni della Università di Pavia - nuova serie, Padova: CEDAM, vol. 3, 1970.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. I, 1992.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

----- . *Tempo e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento (coordenação Luiz Rodrigues Wambier). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. I, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.