

**JOSÉ GOMES DA SILVA**

**PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O PAPEL DO  
JUIZ: A PROCURA DE UM EQUILÍBRIO.**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**

**SÃO PAULO - 2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ GOMES DA SILVA

PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O PAPEL DO JUIZ:  
A PROCURA DE UM EQUILÍBRIO.

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil, sob a orientação da **Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier**.

PUC/São Paulo - 2006

## COMISSÃO JULGADORA – AVALIAÇÃO

**Comissão Julgadora**

---

---

---

---

---

Agradeço a Deus, que, com sua infinita bondade, ouviu minhas orações e permitiu a realização deste estudo.

Agradeço à estimada amiga **Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**, expoente da cultura deste País, pelas enriquecedoras lições e valiosa orientação.

Para Suzete, minha esposa e companheira de jornada, e para meus filhos, Francine, Fausto, Alfredo e José Gabriel, com infinito amor.

Ao amigo, Dr. Robson Carlos de Oliveira, pelo estímulo.

## RESUMO

Partindo de lineamentos filosóficos da concepção do justo, o qual persegue a Justiça, o presente trabalho procurou traçar o perfil do princípio dispositivo puro, desde o seu nascedouro até o estágio atual, unido, com grande esforço pelo legislador, ao princípio inquisitivo. Com essa nova roupagem, os poderes do juiz fortalecem-se, notadamente os instrutórios, comprometidos com o signo publicístico do processo e a socialização do direito, de modo a implicar, cada vez mais, na busca da verdade real dos fatos relevantes postos sob análise judicial, com a conseqüente realização prática da chamada justiça do caso concreto, visando a pacificação social.

De fato, com a idéia de que a administração da justiça é uma função integrante da soberania estatal, formou-se a convicção de que o juiz, como órgão do Estado, não deve mais assistir passivamente a disputa judicial entre as partes, como outrora ocorria, mas há de participar da causa *como força viva e ativa*.

Sob essa ótica, intensifica-se nas legislações processuais modernas, a participação do juiz na etapa da atividade instrutória. Embora subsistam as regras sobre o ônus da prova, não são elas afetadas pelo poder do juiz de determinar *ex officio* a realização de quaisquer provas, por constituírem a última solução para formação de uma convicção segura.

Age com enorme equívoco quem ainda defende a tese de que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem e se não as trazem é porque estão dispendo de um direito que lhes assiste. Ainda que elas possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm sobre o poder do juiz de averiguar os fatos relevantes da causa, eis que é função de quem julga, julgar bem, com justiça e, para tanto, imprescindível conhecer bem esses fatos.

Contraria o espírito do Código e do processo civil moderno, o juiz julgar, conscientemente, contra a verdade real, por alegada falta de prova, sabendo da existência dela, e sabendo, também, que só por ignorância ou desconhecimento, a parte não a requereu em tempo hábil.

## ABSTRACT

Starting from philosophic alignment of the just conception which pursues Justice, the present work tried to outline the profile of the dispositive principle of pure, in its birth, to now, united, with great effort, by the legislator, to the query principle. With this new configuration of the principle, the power of the judge is strengthened, noteworthy the instruction power, compromised with the publicist sign of the process and the socialization of the law, so that it implicates, more and more in search of the real true relevant facts put under judicial analysis, with the consequent practical realization of the called justice of the concrete case tending to social pacification.

In fact, with the idea that the administration of justice is an integrant of state sovereignty, was formed the assurance that the judge, as a state organ, must not any more watch passively the judicial dispute between parties, as happened before, but should participate of the cause as live and active force.

Under this view, is intensified in modern processual legislations, the participation of the judge in the instruction activity stage. Although subsists the rules about the charges of proof, they are not affected by the power of the judge to determine the realization *ex officio* of any proof, for it constitutes the last solution in the formation of a safe conviction.

Acts with enormous mistake who still defends the thesis that one should let the parties bring or not the proofs they want and if they don't that is because they are using a right that assists them. Even though they can dispose of their rights, no power of disposition is over the power of the judge to inquire the relevant facts of the case, that is a function of who judges, judge well, with justice and therefore vital to know the facts well.

Counteracts the spirit of the code and modern civil process, a judge rule, consciously against the real truth, by alleged absence of proof, knowing of its existence, and also aware that only by ignorance or not knowing the party did not require it in capable time.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	01
2. SOCIEDADE, CONFLITO, ELEMENTOS ESSENCIAIS DE TODO DIREITO, DIREITO E JUSTIÇA.	
2.1. Sociedade.....	08
2.2. Conflito.....	12
2.3. Elementos essenciais de todo direito.....	12
2.4. Direito e Justiça.....	14
2.5. Jurisdição.....	21
2.5.1. Introdução.....	21
2.5.2. Funções exercidas pelo Estado. Função Jurisdicional.....	28
2.5.3. O juiz no exercício da função jurisdicional.....	30
2.5.4. Sujeição à Jurisdição.....	33
2.5.5. Função jurisdicional e função administrativa.....	34
2.5.6. Princípios que informam a Jurisdição.....	36
2.5.6.1. Princípio da investidura ou do juiz natural.....	36
2.5.6.2. Princípio da indelegabilidade.....	37
2.5.6.3. Princípio da aderência da jurisdição ao território.....	38
2.5.6.4. Princípio da inércia ou da demanda.....	39
2.5.6.5. Princípio da substitutividade.....	41
2.5.6.6. Princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional.....	42
2.5.6.7. Princípio da publicidade.....	43
2.5.6.8. Princípio da inevitabilidade.....	43



2.5.6.9. Princípio da unicidade.....	43
2.6. Jurisdição voluntária.....	44
2.7. Ação.....	50
2.7.1. Teorias sobre a ação.....	52
2.8. Processo.....	57
2.8.1. Processo e procedimento.....	61
2.9. Conclusões do capítulo.....	62
<b>3. HUMANIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PARA DAR-LHE O SEU VERDADEIRO SENTIDO.</b>	
3.1. A Justiça e o homem.....	64
3.2. Os sentimentos humanos, o direito e os juízes.....	69
3.3. O homem comum e a Justiça.....	71
3.4. O justo e o eficaz.....	81
3.5. Um juízo crítico e uma proposta de <i>lege ferenda</i> para análise e reflexão visando agilizar e desburocratizar a justiça.....	88
3.6. Conclusões do capítulo.....	116
<b>4. EFETIVIDADE DA GARANTIA JUDICIAL.</b>	
4.1. A importância do processo.....	118
4.2. Modo pacífico de solucionar os conflitos.....	125
4.3. A equidade e o processo.....	133
4.4. Direito e processo justo.....	149
4.5. Garantia do contraditório.....	152
4.6. Princípios informativos do processo civil.....	154
4.7. Sistemas processuais: acusatório e inquiratório ou inquisitivo.....	159
<b>5. PROVA.</b>	
5.1. Conceito, objeto, finalidade, destinatário e meios.....	161

5.1.1. Conceito.....	161
5.1.2. Objeto.....	165
5.1.3. Finalidade da prova.....	176
5.1.4. Destinatário da prova.....	182
5.1.5. Fontes e meios de provas.....	183
5.2. Ônus da prova.....	184
5.2.1. Origem.....	184
5.2.2. Prova da negação.....	185
5.2.3. Regras sobre o ônus da prova.....	187
5.2.4. Ainda sobre a insuficiência do princípio distributivo do ônus da prova.....	191
5.2.5. O ônus de alegação genérica dos fatos.....	196
5.2.6. O ônus de alegação específica dos fatos.....	198
5.3. A hipótese de inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.....	203
5.4. Os poderes do juiz em face da prova.....	209
5.5. Princípio da igualdade processual e o juiz.....	213
5.6. Princípio da imparcialidade do juiz.....	218
6. PRINCÍPIO DISPOSITIVO.	
6.1. O princípio dispositivo e suas principais manifestações.	222
6.1.1. Princípio e regra.....	222
6.2. O princípio dispositivo e a prova.....	228
6.3. Identificação do fenômeno.....	231
6.4. Verdade real e verdade formal.....	239
6.5. Princípio inquisitivo e o princípio dispositivo.....	242
6.6. O princípio dispositivo e os direitos indisponíveis.....	248
6.7. O princípio dispositivo e o princípio da congruência.....	251
6.8. O princípio dispositivo e os poderes do juiz.....	262

6.9. Momento no qual o juiz pode, de ofício, determinar a produção da prova.....	274
6.10. Conseqüências jurídicas.....	281
6.11. Responsabilidade do juiz.....	284
7. NOTAS CONCLUSIVAS.....	288
8. BIBLIOGRAFIA.....	295

## INTRODUÇÃO

Costuma-se chamar “a crise da Justiça”, a duração dos processos, vista como excessiva por tantos observadores.<sup>1</sup> É ingênua a idéia de que os jurisdicionados clamam pela solução rápida dos litígios. Se pudessem escolher, certamente escolheriam uma Justiça boa,<sup>2</sup> sem, obviamente, excluir uma Justiça rápida. A experiência da vida forense tem mostrado que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível.<sup>3</sup>

E para solução rápida do litígio, dizem, necessário que sejam corrigidos os defeitos que a legislação processual apresenta. Recomenda-se, então, a redução de prazos e recursos, o cancelamento de oportunidades para as manifestações das partes etc.<sup>4</sup>

Parece louvável que algumas mudanças na lei processual sejam feitas para podar os excessos de conservadorismos, mas

---

<sup>1</sup> José Carlos Barbosa Moreira lembra que esse fenômeno não é exclusivamente brasileiro. Na Itália, segundo dados constantes do relatório sobre a administração da justiça em 1998, elaborado pelo Procurador-Geral da República junto à Corte de Cassação, girou em torno de quatro anos, entre 1991 e 1997, a duração dos processos, em primeiro grau de jurisdição; no Japão, informa um dos vice-presidentes da Associação Internacional de Direito Processual – antes da entrada em vigor do novo código, em 1998, não era raro que um feito civil se arrastasse por alguns anos na primeira instância e levasse mais de um decênio até a eventual decisão da Corte Suprema; nos Estados Unidos, em muitos lugares um feito civil de itinerário completo (isto é, que se estenda até o *trial*) chega durar em média, na primeira instância, nada menos que três a cinco anos (*Temas de Direito Processual*. 8ª série. Editora Saraiva, 2004, p. 2-3).

<sup>2</sup> Pode-se entender por uma Justiça boa aquela em que o juiz respeita os princípios (da igualdade das partes, da liberdade das partes de dispor de seu direito material, da imparcialidade), e, sobretudo, agir com virtude e bons propósitos, no sentido de que o processo seja realmente dirigido com a melhor dose de honestidade e eficiência. Para tanto, o juiz tem de se identificar sempre com o espírito do ordenamento jurídico, que reflete o pensamento e a ideologia da sociedade a que serve. Aliás, é função do processo a composição dos litígios, composição essa apta a assegurar a paz social.

<sup>3</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual – 8ª série* - Ob. cit., p.3.

<sup>4</sup> Calmon de Passos, em palestra proferida no 4º Congresso de Processo Civil e Direito Civil realizado em Campo Grande (MS), em março de 2005, diz que “coelho, pombo e brasileiro são parideiros que só. Coelho pari coelho; pombo pari pombo e brasileiro pari lei”. Barbosa Moreira lembra, a propósito, os resquícios de um formalismo bolorento que conservam nossos códigos, mas, ressalta que a demora resulta da conjugação de múltiplos fatores, mas a lei, com todas as imperfeições que tem, não ocupa o lugar de máximo relevo (*Temas*. Ob. cit., p. 4).

constituir a rapidez no julgamento dos processos em valor por excelência, é talvez perigoso. Como doutrina Barbosa Moreira: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”<sup>5</sup>

O processo tem de ser efetivo, desempenhando com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico, proporcionando “a quem dele necessita, para fazer valer sua afirmação de direito, exatamente aquilo que receberia se tivesse havido o cumprimento espontâneo da obrigação”.<sup>6</sup>

O processo tem de se mostrar capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhe a satisfação por meio da Justiça, consentindo aos menos favorecidos da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças econômicas, políticas e culturais.

Esse papel do processo é instrumental em relação ao direito substantivo. Esse “instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”.<sup>7</sup>

Para essa efetividade terá o juiz de julgar bem, com justiça, pois sua função, por definição, é aplicar normas jurídicas a fatos. E, para aplicar bem normas jurídicas a fatos, obviamente terá de

---

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 5.

<sup>6</sup> Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

<sup>7</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Por um processo socialmente efetivo*. RePro n. 105 – jan-mar/2002, p. 181.

conhecer bem esses fatos. Isso é tão certo que quanto mais perfeito for o conhecimento do juiz sobre a verdade dos fatos relevantes existentes no processo, maior será, certamente, a justiça na solução do litígio.

Como terá o juiz de proceder para conhecer bem esses fatos que não são do seu conhecimento pessoal, mas acontecimentos que deram origem ao litígio?

Tem de pesquisar a verdade. Poder-se-ia, então, dizer: isso é ato da parte e não do juiz. À parte incumbe o ônus da prova: a) ao autor, compete o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito; b) ao réu, o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito que o autor alega ter (art. 333, I e II, do CPC).

Mas, há de se convir que essa regra chamada de distribuição do ônus da prova é aplicada aos fatos não provados, ou que resultam, ao final, não provados. O juiz não tem de se preocupar com tal regra, exceto no momento de sentenciar. Nesse momento, já se fez tudo que se devia ter feito no sentido de conseguir a prova do fato. Verificando que determinado fato não foi provado, terá de imputar a alguém as conseqüências desfavoráveis da falta da prova daquele fato, de tal arte que, se o fato a provar era constitutivo, o suporte recairá ao autor; caso contrário, a prova faltante é de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, as conseqüências melancólicas recairão ao réu.

Equivocam-se aqueles que pensam que se deve deixar às partes o encargo de trazerem as provas que quiserem; se não as trazem é porque estão dispendo de um direito delas. Tratando-se de direitos disponíveis, a ponto de poder, a parte autora dar ou não início à demanda, e a parte ré se defender ou não, é natural que se deixe ao cuidado delas trazerem as provas dos fatos que porventura sirvam de fundamento ao direito que alegam.

Esquecem-se os que assim pensam que o processo não cuida somente de relações jurídicas disponíveis e o dispor da relação jurídica de direito material controvertido não se infere, necessariamente, que também passa a dispor da relação jurídica processual, distinta daquela, e que vive sob o signo publicístico e não privatístico.

Doutrinando a respeito, José Carlos Barbosa Moreira diz que o poder de dispor do direito material não é ato exclusivo da parte; ao juiz importa que saia vitorioso quem tenha razão, seja o indivíduo A ou o indivíduo B. Como órgão do Estado, interessa ao juiz fazer Justiça e quando ele toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, não tem como adivinhar qual vai ser o resultado daquela diligência e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará.<sup>8</sup>

A prova, uma vez produzida, pouco importa sua origem. Juiz algum rejeita a prova do fato constitutivo por ter sido produzida pelo réu, ou, ao contrário, a prova de um fato extintivo, modificativo ou impeditivo, porque trazida pelo autor. Seja por quem produzida no processo, ela não aumenta nem diminui seu valor. Ela pertence ao processo, pouco importando sua fonte, ou sua proveniência. A isso se chama “princípio da comunhão da prova”.

Já não se admite mais um juiz inerte no seu pedestal. O individualismo foi superado pelo interesse público que o Estado passou a ter na composição do litígio, preocupado em harmonizar a situação fática com o ordenamento jurídico. Investigar a verdade é a meta do processo civil moderno de tal modo que dentre seus princípios fundamentais nenhum talvez seja tão relevante e decisivo como o que regular o papel do juiz na condução do processo. Os

---

<sup>8</sup> *O juiz e a prova*. Repro n. 35 – jul-set/1984, p. 178-190. .

poderes do juiz, na instrução, são tão relevantes que o habilita a colaborar eficazmente nos trabalhos da descoberta da verdade. O Estado moderno investiu-se das verdadeiras funções judiciais, intervindo nos litígios verdadeira e completamente para fazer Justiça.

A parte é livre para a propositura da demanda e a fixação do thema *decidendum*. O andamento do processo, sua disciplina e impulsão são atribuições que competem ao juiz, a quem incumbe tornar efetivos os benefícios da brevidade processual, da igualdade das partes na demanda e da observância da regra da lealdade processual. O mesmo se passa na determinação e na realização da prova, quando toda liberdade deve ser outorgada ao juiz, a fim de que ele possa excluir o que se mostrar impertinente ou ocioso, e de determinar, de ofício, que se recolham provas, ainda que não provocadas pelas partes. A determinação da prova, nas legislações processuais modernas, é no sentido de uma participação mais ativa do juiz, na etapa da atividade instrutória. O juiz tem o poder de determinar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admitidas, respeitando sempre o princípio da ampla defesa, a ampla e irrestrita fiscalização de todos os atos pelas partes e com a cooperação destas.

Subsistem, pois, as regras sobre o ônus da prova que constituem regras de julgamento, estimulando a produção delas pelas partes, já que se insuficientes para a formação da convicção judicial, pode resultar em perda da demanda. O juiz pode, sem riscos a que se sujeita a sua imparcialidade ou afronta a igualdade de tratamento das partes, determinar, de ofício, a produção de provas, sem contradição entre os arts. 130 e 333 do CPC. A determinação *ex officio* para a realização da prova é a última solução que a lei concede ao juiz para formar convicção segura sobre os fatos relevantes da causa.



Aliás, o juiz que sabe discernir o que a lei lhe permite ou lhe não recomenda e estuda o processo com isenção de ânimo, aprecia bem as provas e resolve corretamente a lide. Como diz a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, “o juiz tem liberdade para apreciar as provas, mas deve apreciá-las *corretamente*”. E logo em seguida diz: “O processo existe para dar direitos a quem os tem, e não para retirar direito de seus titulares!.”<sup>9</sup>

É intrincada quase que a totalidade das questões vertentes no ramo probatório, como também é o sentido da expressão “decisão justa”. Por isso, partiu este trabalho do conceito de sociedade, dos conflitos que dela surgem e o que o jurisdicionado pretende do Poder Judiciário, uma vez que o Estado moderno investiu-se das verdadeiras funções judiciais, intervindo nos litígios “verdadeira e completamente para fazer justiça”.<sup>10</sup>

A par dessas considerações preliminares, o trabalho abordou o delicado instituto que diz respeito ao tema probatório, qual seja a distribuição de seu ônus entre os sujeitos da relação jurídica processual para, em seguida, debruçar-se no seu objeto primordial, o princípio dispositivo.

Colocado o princípio com suas principais manifestações e, ainda quanto a sua manifestação em matéria de direito probatório, cujo estudo pode-se dizer que revela um ramo a parte no direito processual, não se deixou escapar o estudo do princípio inquisitivo, com várias opiniões e críticas levantadas com o resultado da tentativa de aproximá-los.

---

<sup>9</sup> *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.124.

<sup>10</sup> Humberto Theodoro Júnior. *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense n. 263 – jul-set/1978, p. 42.

Por fim, tratou-se do princípio dispositivo e os poderes do juiz, o momento no qual, de ofício, pode ele determinar a realização da prova e suas conseqüências.

Concluiu-se com a preocupação da conduta do juiz na busca da verdade real. Nessa busca ele não pode exorbitar. Aqui está o pressuposto da maior qualidade do julgador: a sua moral, elemento que não depende, nem se sujeita ordinariamente a regras e mandamentos de direito objetivo. Contraria ao espírito do Código e do processo civil moderno, julgar, conscientemente, apreciando mal a prova ou contra a verdade real, por alegada falta dela (prova), quando o juiz sabe que ela existe, e sabe, também, que só por ignorância ou desconhecimento, a parte não a requereu em tempo hábil.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Idem, p. 46.

## **SOCIEDADE, CONFLITO, ELEMENTOS ESSENCIAIS DE TODO DIREITO, DIREITO E JUSTIÇA.**

SUMÁRIO: 2.1 Sociedade. 2.2 Conflito. 2.3 Elementos essenciais de todo direito. 2.4 Direito e Justiça. 2.5 Jurisdição. 2.5.1 Introdução. 2.5.2 Funções exercidas pelo Estado. Função jurisdicional. 2.5.3 O juiz no exercício da função jurisdicional. 2.5.4 Sujeição à jurisdição. 2.5.5 Função jurisdicional e função administrativa. 2.5.6 Princípios que informam a jurisdição. 2.5.6.1 Princípio da investidura ou do juiz natural. 2.5.6.2 Princípio da indelegabilidade. 2.5.6.3 Princípio da aderência da jurisdição ao território. 2.5.6.4 Princípio da inércia ou da demanda. 2.5.6.5 Princípio da substitutividade. 2.5.6.6 Princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional. 2.5.6.7 Princípio da publicidade. 2.5.6.8 Princípio da inevitabilidade. 2.5.6.9 Princípio da unicidade. 2.6 Jurisdição voluntária. 2.7 Ação. 2.7.1 Teorias sobre a ação. 2.8 Processo. 2.8.1 Processo e Procedimento. 2.9 Conclusões do capítulo.

### 2.1 Sociedade.

O homem normal tem por vocação não viver fora da sociedade. Aristóteles considerava-o um animal político, destinado a viver em sociedade. Somente nela é que o homem consegue sobreviver e perseguir os seus fins, formando relações denominadas intersubjetivas, envolvendo interesses de dois ou mais indivíduos, sendo necessário o estabelecimento de regras barrando ou protegendo os legítimos interesses dos envolvidos. Afinal, como nem sempre os conviventes do grupo social respeitam, espontaneamente, as regras de conduta, são elas revestidas de obrigatoriedade.

A história confirma que, sem regras de convivência social, o homem não pode se desenvolver.

Outros animais, como as formigas e as abelhas, também apresentam qualidades gregárias, mas se distinguem do homem porque nunca evoluíram, não são dotados de inteligência ou de razão e não se comunicam através de símbolos. No que diz respeito ao homem, estes dotes lhes demonstram que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos.

Kingsley Davis e Ernst Cassirer, mencionados por Paulo Dourado de Gusmão<sup>12</sup>, dizem que a singularidade da sociedade humana é a comunicação por meio de símbolos. Cassirer acrescenta que o homem vê e compreende através de símbolos, e não “vive somente em puro universo físico, mas também em universo simbólico”. Daí dever ser conceituado, não como animal racional, mas como “animal simbólico”.

Ainda, segundo Paulo Dourado de Gusmão, Cassirer conclui que a “característica fundamental do homem não é a natureza metafísica ou física, mas *sua obra*, ou do ponto de vista sociológico, *sua cultura*”. Cultura é tudo o que resulta do esforço criador do indivíduo, tais como seu trabalho, suas crenças, seus costumes, seus hábitos etc.

Modelada pela cultura, a sociedade<sup>13</sup>, criada pelo homem, tem de se organizar por meio de normas de procedimento, constituindo, em última análise, o *direito*, atributo exclusivo do ser humano e que, na medida do crescimento das necessidades sociais torna-se mais complexo.

O direito, por sua vez, faz parte do dia-a-dia do indivíduo, independentemente de sua vontade e mesmo contra a sua vontade. Querendo, ou não, o direito encontra-se por quase toda a parte, ou seja, na padaria, no consultório médico, nos sinais de trânsito, na passagem de ônibus, e até mesmo o cantarolante no banheiro, protegido que se encontra na sua liberdade de expressão e na sua privacidade.

---

<sup>12</sup> *Introdução à ciência do direito*. 4ª ed. Forense, 1969, p. 43.

<sup>13</sup> Para Pedro Eiró, uma sociedade se constitui, necessariamente, de um aglomerado de pessoas com uma forma conjugada de atuação, dotado de finalidades comuns e de modo estável (*Noções elementares de direito*. Editorial Verbo, p. 10-11).

Há pessoas que podem e vivem sem a poesia, sem a arte, sem a música, mas “não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido. O homem nasce e cresce no seio da comunidade e – à parte casos anormais – jamais se separa dela. Ora, o Direito é um elemento essencial da comunidade. Logo, inevitavelmente, afeta-nos e diz-nos respeito”, na precisa observação de Karl Engisch.<sup>14</sup>

Ora protegendo, ora instituindo normas de conduta, ninguém escapa da presença cotidiana do direito, sendo certo que inúmeras vezes só é lembrado, ou lhe é atribuído valor, quando dele se socorre, tal qual a saúde, ao tempo da doença. Essa onipresença faz, muitas vezes, confundir direito e moral. Os pais, por medida de segurança, ou por tradição familiar, proíbem os filhos de sair de casa a noite, ou estabelecem horário de chegada. A repreensão, pelo desrespeito, ainda que justificada, pode ser punida e os filhos também têm direitos perante seus pais. Se respeitada a ordem, tudo poderá passar despercebido, embora dotada de veste jurídica.

Na concepção de Miguel Reale<sup>15</sup>, o direito pressupõe cada uma das ações do homem quando se relacione com outro homem. O médico, ao prescrever uma receita ao paciente, exerce um ato de ciência e, sem que o perceba, ou tenha consciência disso, concomitantemente está a exercer um ato jurídico.

Surgindo, como alguns autores dizem, questões de *patologia jurídica*, consciencializa a existência, pressuposta, primordial do fenômeno jurídico, que terá de ser resolvida quando a questão atormenta, ou furtar-se às conseqüências, quando responsável pela ruptura da ordem estabelecida.

---

<sup>14</sup> *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 7ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1996, p. 12.

<sup>15</sup> *Lições preliminares de direito*. 21ª ed. Saraiva, 1994, p.5.

Quando o sujeito, indignado com o aumento dos impostos, com o reparo da peça de seu automóvel danificada pelo estado das estradas, perturbado na sua vida por outro sujeito, ou, dadas às infinitas possibilidades de alterações da realidade da vida, sente violado um seu direito, as normas jurídicas o protegem. Ao contrário, vendo-se obrigado a cumprir determinada regra, ou o comportamento é de delinquência, essas normas incidem sobre o sujeito.

O direito tem múltiplas faces; onde reina a paz, a tranqüilidade, a comodidade, está também a turbulência, a intranqüilidade, a incomodidade (*ubi commoda, ibi incomoda*).

Transforma-se conforme a abundância prodigiosa dos fatos; desfaz-se e refaz-se com espantosa energia a cada metamorfose da vida social. Isso mostra a história com as grandes mutações da civilização.

Na perturbação ou violação dos direitos individuais, o homem comum<sup>16</sup>, mesmo desconhecendo da ciência jurídica, sabe que lhe é facultado exigir do Estado o restabelecimento daquele seu patrimônio violado. Pode desconhecer os fundamentos, as formas de garantia, os poderes e o monopólio da jurisdição estatal, mas tem consciência de que seu direito deve ser protegido. E para essa proteção, tem de haver mecanismos adequados e eficientes, o que é assunto para ser tratado mais adiante.

---

<sup>16</sup> Homem comum ou da rua, segundo Cândido Rangel Dinamarco, inspirando-se em Piero Calamandrei, “é o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto” (*Nova era do processo civil*. Malheiros Editores, 2003, p.259).

## **2.2 Conflito.**

Entende-se predominantemente que é da própria natureza humana o viver em sociedade. Na sociedade existem bens, que por serem economicamente apreciáveis e idôneos à estimação pecuniária, são suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem e podem ser objeto de uma relação de direito.

Partindo do princípio de que esses bens são escassos para satisfação de todas as necessidades dos integrantes da sociedade, surge a existência de interesses diversos sobre eles, os quais, não podendo satisfazer a todos na sua totalidade, provocam conflitos entre seus titulares.

Como o direito tem o homem como razão da sua existência, a sua missão é regular e dirimir, com critério e com justiça, esses conflitos.

O conflito faz nascer o direito subjetivo ou poder jurídico de ação, decorrendo àquele que se considere titular de um direito lesado ou ameaçado, a faculdade de propor demanda exigindo provimento jurisdicional final, que é a sentença de mérito.

## **2.3 Elementos essenciais de todo direito.**

Qualquer que seja o direito, dentre todos os que existem, encontram-se quatro elementos essenciais normativos: o sujeito, o objeto, a relação e a proteção.

Nos chamados direitos reais, primeiro há de se discriminar a coisa material, o *objeto* que serve de incidência objetiva sobre o qual recai o direito e que se distingue da *personalidade do sujeito*, ou *titular do direito*, isto é, aquele que tem a fruição sobre o objeto.

*Objeto e sujeito*, se considerados em si mesmos, não haverá, entre eles, vínculo ou relação jurídica alguma. Então entre o *sujeito* e o *objeto*, haverá algo tangível, uma ligação, um vínculo, uma *relação*, marcada pelo termo propriedade. E por último, a *proteção*, para alguns *garantia*, pois se o exercício da relação vier a ser perturbado, ou se a propriedade do sujeito sobre o objeto não for respeitada, cabe a intervenção social a esse abuso.

Se, ao invés, o composto jurídico incidir sobre um direito intelectual, como a produção de uma obra, há, então, um direito exclusivo (*direito de autor*) que sucede a *personalidade do proprietário* e a *coisa* (a obra) e a *proteção* destinada a garantir a fruição dessa obra.

Acresça-se uma terceira experiência, de direito obrigacional. O credor tem um *direito* sobre o devedor, que se compõe da *personalidade* (o eu precedente), de um *vínculo*, que liga, comprometa ou obrigue o devedor ao credor e a *proteção*, caso o pagamento não seja efetuado voluntariamente.

Pode-se, ainda, exemplificar com os direitos personalíssimos, considerando o indivíduo somente, sem que haja uma coisa exterior. A *personalidade*, o *sujeito*, a *cidadania*, qualidade conferida à pessoa, isto é, o *objeto*. A *relação* entre a *cidadania*, o *sujeito* e a *personalidade*, são protegidos se desrespeitada essa qualidade cívica.

Esses elementos, que não podem ser concebidos isoladamente, são a parte fixa do direito. A parte móvel constitui o disponível do direito, na qual suas instituições são variavelmente indefinidas.



## 2.4 Direito e Justiça.

As funções desempenhadas pelo Direito, tais como a orientação e a estrutura da vida social, o reconhecimento e atribuições de direitos, a imposição de deveres etc, somente são aceitas e merecem crédito quando dotadas de Justiça.<sup>17</sup>

A desordem, ainda que estabelecida de forma ordenada, não é Justiça. A produção de leis sem nenhuma consideração pela realidade, sem conexão com a natureza das coisas, nada tendo a ver com os interesses e necessidades sociais ou que não regem efetivamente o comportamento humano, às vezes até arbitrárias, são consideradas vazias de conteúdo. O cavalo de Calígula foi promovido a senador. A promoção foi legal, concedida por quem tinha poderes, mas estava esvaziada de compromisso quanto ao conteúdo. Foi injusta<sup>18</sup>, por exprimir desaprovação social, além de absurda e irracional. A Justiça pressupõe racionalidade. Deixando de lado o conceito inspirado na vontade transcendental e divino, fundado na superstição, na violência, no duelo ou no ordálio, visa-se dar ao termo Justiça, neste estudo, o sentido de um princípio objetivo, correspondente a uma idéia não do próprio Direito, mas que se confunde com ele, ou uma qualidade superior a ele. A Justiça é, ao mesmo tempo, princípio e fim do Direito, como o Alfa e o Ômega, instaurando uma ordem social justa<sup>19</sup>.

Nesse diapasão preconiza o jusfilósofo Miguel Reale que a Justiça não se identifica com nenhum valor, mesmo aqueles que mais

---

<sup>17</sup> Um Direito justo faz parte do sentido do mundo. Karl Engisch. Ob. cit., p. 12.

<sup>18</sup> Alguns teólogos afirmam que o poder, mesmo injusto, deve ser obedecido porque é concedido ou permitido por Deus (1 Crônicas 29:11-12; Salmo 75:6-7).

<sup>19</sup> “Se pode viver sem riqueza, sem beleza; basta ter saúde, mas não se pode viver sem justiça, já que o desejo de justiça constitui, provavelmente, o sustento primordial da paz social.” (Juan M. Farina. *Justicia ficción y realidad*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997, p. 11-12 – tradução livre).

dignificam o homem. É ela, “antes a *condição primeira de todos eles*, a *condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham. Não é uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas é antes uma intenção radical vinculada às raízes do ser do homem, o único ente que, de maneira originária, é enquanto *deve ser*. Ela é, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, *sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida*”.<sup>20</sup>

Clamar por justiça é expressão que se houve diariamente nos meios de comunicação. Invoca-se pelos direitos que o sujeito acredita ter. Como forma de protestar ante um ato de violência, a justiça (no grego *dikaiosyne*, no latim *iustitia*), é um dos vocábulos mais vivos encontrados desde a origem do homem. Às vezes utiliza-se a expressão genericamente, outras vezes, de forma extrema, quando em jogo a vida da pessoa, ou os seus bens.

Na aplicação do Direito a casos concretos, têm de se harmonizar os fins sociais aos valores individuais da pessoa humana. É necessário, pois, freqüentemente, agir com equidade. A equidade é uma derivação da noção de Justiça, ou um atributo do direito, concebida para manter ou restaurar um equilíbrio ou uma proporção, enaltecendo o princípio do tratamento por igual os casos semelhantes e diferentes os casos diferentes.

O Direito, em si mesmo, não pode determinar quais as semelhanças e as diferenças que ele deve reconhecer para que suas regras sejam justas. A realidade da vida é bem mais rica do que a nossa imaginação e o Direito nem sempre consegue acompanhar essa metamorfose. Diferenças fundamentais de perspectiva geral, social,

---

<sup>20</sup> *Lições preliminares de direito*. 21ª Ed. Saraiva, 1994, p.371.

moral e política exigem uma prestação jurisdicional justa para os conflitos de interesses emergentes do seio social. A autoridade judiciária, responsável pela consecução desses objetivos sócios-políticos-jurídicos tem de estar preparada para se inteirar e valorar os fatos, dando solução justa aos conflitos, assegurando a dignidade da pessoa humana.

A faculdade de julgar os seus semelhantes está a cargo dos juízes, integrantes de uma das funções do Estado, o Poder Judiciário, a qual atribui a Constituição Federal, independência em relação às demais funções. Dos juízes depende a concretização do ideal de Justiça, pois, num Estado Democrático de Direito (como é proclamado na Constituição), está nas mãos deles o direito de cada pessoa, como a liberdade, a vida, a honra, o patrimônio. No julgamento, que se dá por meio de um provimento denominado sentença, o juiz faz prevalecer o direito, desfaz dúvidas, decide a controvérsia e impõe coativamente, quando necessário, o cumprimento da própria decisão.

O juiz, freqüentemente, julga por equidade<sup>21</sup> para temperar ou atenuar a rigidez, ou a insuficiência, ou a lacuna, ou a obscuridade da norma. Colocando-se entre a norma e a vida o juiz tem a função de adaptar a norma ao caso concreto, amoldando-a a realidade fática em busca de solução mais justa dos litígios entre os sujeitos de direito. Nunca com arbitrariedade, mas teleologicamente, legitimando o seu poder jurisdicional, pois só há Justiça se comprometida com o conflito, nunca abaixo ou acima dele.

Pratica-se a equidade, sem que se perceba, no cotidiano da vida. Imagine um automóvel em alta velocidade. No percurso, é interceptado por uma barreira policial, mas o motorista não atende a

---

<sup>21</sup> Já advertiam os romanos que muitas vezes a estrita aplicação do Direito traz conseqüências danosas à Justiça: *summum jus, summa injuria*.

sinalização porque o veículo transporta ao hospital uma pessoa à beira da morte. Seria justo aplicar pena a esse motorista? A resposta tem de ser negativa porque, embora infringindo a lei, há motivo superior a ela para desobedecê-la naquelas circunstâncias não previstas em seu texto pelo legislador.

Em muitas ocasiões, o próprio sistema oferece a flexibilidade necessária para a aplicação de modo humano e benigno da norma, tais como, quando o juiz, para decidir, puder adotar a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109 do CPC), na Lei de Arbitragem (art. 2º), nos Juizados Especiais (art. 25), na livre apreciação da prova (art. 131 do CPC), quando o juiz, com total liberdade, valoriza-a diante da inexistência de valoração legal e, ainda, na aplicação do equilíbrio necessário para as relações de consumo, ao suprir a hipossuficiência do mais fraco (art. 6º, inc. VIII, do CDC).

O importante é encontrar solução adequada ao caso concreto, harmonizando os fins sociais aos valores individuais da pessoa, já que o fim da função jurisdicional é de pacificação, recaindo ao julgador a responsabilidade de, com consciência, bom senso e independência que assume diante do direito escrito, examinar as circunstâncias de cada caso e aplicar o direito que não pode ser outro senão a justiça.

Estabelecendo a lei regras gerais, não podendo ser de outro modo diante da impossibilidade de prever circunstâncias singulares para cada caso, o juiz, ao defrontar-se com uma situação fora da prevista universalmente, deve fazer a correção ou a adaptação da lei, decidindo por equidade o caso singular onde a lei fala universalmente.

O Direito é a medida conveniente do que é devido a outro. A atividade do juiz consiste no conhecimento e na experiência

necessária para determinar nas situações mais diversas, o conteúdo desse devido a outro.<sup>22</sup>

Pratica-se, assim, uma justiça de forma justa, aquela em que, enquanto fim do direito, é considerada como uma virtude consistente na disposição da vontade de atribuir a cada um o que é seu.

Não se concebe ao juiz, dentro do seu poder de julgar, que a pretexto de encontrar solução mais justa ao litígio, seja tentado ao arbítrio, ou despreze o direito e siga seus sentimentos pessoais. Adverte Hamilton Elliot Ake<sup>23</sup> que os poderes do juiz devem ser usados com ponderação, subordinados aos imperativos da função que exerce no grupo social. É livre para escolher a norma apropriada e aplicá-la ao caso concreto, mas vinculado pelos princípios ideológicos e pelas grandes idéias básicas sobre cujo conjunto está fundado o edifício social. “Bem por isso, ele não pode, para cumprir corretamente sua missão, desprezar esses princípios básicos, esses `princípios gerais da organização jurídica do Estado`. O respeito a esses princípios fundamentais da ordem social, a natureza mesma de sua função de julgar, o contato diário que o juiz tem com as realidades do quotidiano e os interesses em movimento, tudo isso constitui um obstáculo ao arbítrio e aos caprichos.”

É tarefa do juiz, na sua função criadora, proceder razoavelmente, interpretando e aplicando a lei com critérios de valorização “sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como ainda às exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Juan M. Farina. Ob. cit., p. 194 (tradução livre).

<sup>23</sup> *O poder judicial e a criação da norma individual*. Editora Saraiva, 1995, p. 127.

<sup>24</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira, inspirando-se em De Page. *O juiz. Seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Ed. Del Rey, 1999, p. 164.

Há, no entanto, aqueles, felizmente poucos, que inovam por prazer. Um agricultor firmou contrato de venda da futura safra de soja (*emptio rei speratae*), convencionando preço certo de cada saca. Quando do preparo da terra para o plantio, deparou-se que a cotação do dólar fez subir desproporcionalmente o preço das sementes, dos insumos e dos fertilizantes<sup>25</sup>. Frustrada sua tentativa de composição amigável com o comprador para reajustar o preço da saca, equiparando-o em percentual igual ao do aumento dos produtos, a colheita foi depositada em armazéns de uma empresa concorrente, com o objetivo de forçar a revisão do contrato ou, em último caso, discutir essa revisão judicialmente.

Antes que ajuizasse a ação de revisão, o comprador entendendo que o vendedor estava desviando o destino dos frutos vendidos, embora não inadimplente porque a data de entrega ainda não havia chegado a termo, ajuizou e obteve liminar em ação cautelar de busca e apreensão, transferindo-se a soja colhida para os seus armazéns. Em seguida, ajuizou ação de execução para entrega de coisa incerta e consignou o pagamento da soja adquirida.

A defesa do agricultor resumiu-se na questão relativa ao preço da saca dos frutos vendidos.

O juiz julgou procedentes ambos os pedidos - o da cautelar e o da consignatória - e condenou o agricultor a pagar honorários no percentual de 20% tanto numa como n'outra ação e mais 10% em cada uma delas por entender que a defesa deduzida contrariou texto expresso de lei, é protelatória e destituída de fundamento. A sucumbência atingiu 60% do crédito do agricultor.

Como fazer o agricultor, pessoa humilde, sem instrução, do campo, que trabalha diariamente desde antes do nascer do sol até o

---

<sup>25</sup> Esses produtos são importados e imprescindíveis para uma boa produção.

anoitecer que o seu crédito junto ao comprador estava reduzido a 40%?

Não se pretende aqui discutir se os fundamentos da sentença e a sua conclusão estejam ou não corretos. A crítica resume-se na exorbitância dos honorários, acompanhados de pesada multa que somados atingiu percentual tão elevado que o crédito do agricultor ficou reduzido a um montante insuficiente até para cobrir o custeio das despesas decorrentes com o preparo da terra, com o plantio e com a colheita.

Ensinam os mestres que “é necessária muita prudência na afirmação de uma deslealdade processual em casos concretos, a partir da observação de que o processo, como realidade dialética em que o contraditório é essencial, comporta medidas de inteligência e astúcia que lhe são essenciais e não podem ser censuradas ou reprimidas – sob pena de, a título de reprimir uma suposta má-fé processual, reprimir-se o próprio exercício do contraditório”<sup>26</sup>.

Embora seja certo que o juiz sendo humano não está imune a erros e por isso deve ter coragem para assumir certos riscos, não menos certo é primar suas decisões à serenidade e bom senso, não ao abuso e ao exagero. Atuar criteriosamente dentro da lei, com prudência e com equidade, é exigência da atualidade.

Registrou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>27</sup> que: a) “na compreensão da lei processual, maior relevo tem o estudo da sua sistematização e dos princípios que a informam; b) na interpretação da lei processual elástica não se deve aplicar a lógica formal tradicional, mas os métodos teleológicos e progressivo, buscando conotações

---

<sup>26</sup> Cândido Rangel Dinamarco, com inspiração em Liebman. *A reforma da reforma*. 5ª ed. Malheiros Editores, 2003, p.57-58.

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 166.

valorativas, em que salientados os aspectos axiológicos e a instrumentalidade que caracteriza o Direito Processual”.

E por fim, inspirando-se em Recaséns Siches, conclui o citado autor: “a função do juiz é sempre e necessariamente criadora, recordar o pressuposto de juízes à altura dessa função, que reclama, por seu turno, adequada preparação e permanente aprimoramento.”

## 2.5 Jurisdição<sup>28</sup>.

### 2.5.1 Introdução.

Como visto anteriormente, o direito tem no homem a razão de sua existência. Ele surge e se modela no contexto social, em cujo seio nasce o conflito, gerando a necessidade de sistemas pacificadores de composição. É da natureza humana viver em agrupamentos, dentro dos quais, consciente ou não, o homem vive interagindo com seus semelhantes e toda interação produz perturbação nos sujeitos em comunicação recíproca.

Na sociedade existem bens que por terem utilidade são suscetíveis de apropriação pelo homem. Partindo do princípio de que a quantidade desses bens é insuficiente para satisfazer as necessidades humanas, acaba por provocar conflito entre seus titulares. O conflito ocorre entre os homens, diante da escassez de bens para satisfação de suas necessidades, seja econômica, política, ou apropriativa apetência humana.

---

<sup>28</sup> Jurisdição é expressão latina *iurisdictio*, decorrendo de *ius dicere*, isto é, dizer o direito. Não havendo consenso entre os doutrinadores na conceituação de jurisdição, opta-se, por atual e oferecida pelo Prof. Cândido Rangel Dinamarco, sem dúvida um dos maiores expoentes do direito processual. Segundo ele, jurisdição é a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (*Instituições de direito processual civil*. Malheiros Editores, 2001, p. 305, v.I). O exercício da jurisdição é reservado ao Judiciário, mas muitas vezes, deturpando o seu sentido, a palavra é utilizada no âmbito administrativo, tais como: a jurisdição da Procuradoria-Geral abrange tais e tais municípios; a jurisdição do delegado alcança o município X.



Em tempos remotos esses conflitos eram solucionados pelos donatários de grandes extensões de terras, distribuídas após conquistas em guerras. Na antiga civilização sumeriana, a composição dos litígios estava a cargo de um árbitro.

Hamurabi, rei da Babilônia que promulgou seu Código por volta do ano 2.100 a.C., apoiava-se nos deuses para impor sua autoridade. Na Pérsia, que segundo os historiadores foi o império mais organizado politicamente na antiguidade antes de Roma, a lei era a vontade do rei, a quem competia a função de tribunal supremo.

Em Roma, nos períodos das *legis actiones* (754 a 149 a.C.) e *per formulas* (149 a.C a 342 d.C.), vigia o sistema da justiça privada (*ordo judiciarum privatorum*), cabendo as partes o encargo de valer-se de suas próprias forças. Nesses períodos, o procedimento dividia-se em duas etapas: a) na primeira *in iure*, pedia-se ao magistrado ou pretor, representante estatal, a nomeação de um juiz para o julgamento da causa, que a apreciava somente no aspecto jurídico e legal; b) na segunda *in iudicio* ou *apud iudicem*, desenrolava-se perante o juiz particular, encarregado de recepcionar as provas e prolatar sentença. Esse juiz (*iudex*) ou árbitro era eleito pelas partes entre pessoas do povo, não dependia do governo, nem o representava quando do julgamento. No regime das fórmulas, não acordando as partes na escolha, sorteava-se o magistrado dentre os nomes constantes do *albo iudicium*, ou livro dos juízes.<sup>29</sup> Naquele tempo, inexistia função social do direito. A justiça caracterizava-se mais num ato de vingança do que de satisfação de uma pretensão resistida<sup>30</sup>. Empregavam-se formas

---

<sup>29</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Max Limonad, 1955, p. 9-10, v. V.

<sup>30</sup> “Se alguém é chamado a juízo, compareça. Se não comparece, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda. Se procurar enganar ou fugir, o que o citou pode lançar mão sobre o citado. Se uma doença ou a velhice o impede de andar, o que o citou lhe forneça um cavalo. Se não aceitá-lo, que forneça um carro, sem a obrigação de dá-lo coberto.” (Lei das XII Tábuas. Tábua I).

solenes, sacramentais estabelecidas pela lei, e rituais acompanhados de gestos simbólicos.

Na vigência da Lei das XII Tábuas o devedor condenado ou que confessasse *in iure*, teria de pagar o débito no prazo de trinta dias. Não o fazendo, seria levado à presença do magistrado, onde poderia apresentar um *vindex* (pessoa que contestasse a legitimidade do pedido do autor), sendo, a final, adjudicado ao credor, que o conduzia preso por sessenta dias, findo o qual, sem o pagamento ou sem acordo, seria levado pelo credor a três feiras sucessivas para ser apregoado pelo valor da dívida. Se ninguém – parente ou amigo – solvesse a dívida, o devedor era vendido como escravo, ou morto, quando, então, na existência de vários credores, cada um teria direito a uma parte do corpo.

Nos fins do período da república (por volta do ano 44 a.C.), esse sistema foi abrandado, e o devedor pagaria a dívida com trabalho prestado na casa do credor.

A partir do período da *cognitio extraordinária*, provavelmente no ano 342 d.C., quando desapareceu de vez o sistema formulário, começa o sistema da justiça pública<sup>31</sup>, extinguindo-se a divisão do procedimento em *in iure* e *in iudicio*, bem como a distinção entre magistrados providos de *imperium* e os *iudices*. Surge, então, o juiz único, funcionário do Estado, com competência para ouvir as partes, coletar as provas, proferir o julgamento e executar a sentença.

Em todo procedimento romano prevaleceu o princípio dispositivo e o da iniciativa da parte para a demanda, bem como vigiam os hoje inafastáveis, do contraditório, da publicidade, da oralidade, da imediatidade e da recepção da prova dos fatos, cujo ônus

---

<sup>31</sup> Em 284 d.C., ainda no período formulário, sob o império de Diocleciano, há indícios da justiça pública que se concretiza, de vez, em 342 d.C.

recaia a quem os alegava. No segundo período só a fórmula era escrita, acentuando-se definitivamente no processo *extra ordinem*.

No período medieval o direito romano passou a conviver com o direito canônico e com o direito germânico. Para a história, no período compreendido entre os séculos VI e XI, aproximadamente, o direito sofreu progressiva decadência diante do esfacelamento do Império Romano pelos invasores, que se formavam em tribos. Exercia-se a atividade política em assembléias, elegendo monarcas locais ou regionais, com fragmentação do poder entre os senhores feudais e multiplicação das jurisdições.

Na vigência de vários “direitos” no mesmo território, aplicava-se aquele próprio de cada raça, essencialmente costumeiro, e praticamente confundiam-se os processos civil e penal, prevalecendo a vingança, tendo como meios de prova o ordálio e o duelo, pois se acreditava que Deus ajudaria o acusado, se inocente, ou o abandonaria, se culpado.

Nesse período o direito canônico teve grande influência, sendo que mais ou menos nos séculos XI e XII foi o sistema jurídico mais importante da Europa.

Merece destaque para a história do direito processual a Suma Papal chamada “Clementina Saepe”, expedida pelo Papa Clemente V no ano de 1306, instituindo o procedimento sumário, dispondo o juiz livremente no sentido de decidir *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudici*.

Atualmente, a jurisdição canônica é exercida “em consciência”, cuja pena consiste na privação de “bens espirituais”.

No período judicialista aconteceu a formação do processo comum, definitivamente marcado pelo surgimento das universidades. Marco inicial do progresso do direito processual foi a Escola de

Bolonha, fundada em 1088, centro de estudos científicos das obras dos juristas de Roma, notadamente do “Digesto” de Justiniano.

Em 1219 a influência do direito romano era tão grande que o papa proibiu seu ensino na Universidade de Paris.

As pesquisas em torno do Digesto chamaram a atenção para a grandeza e a importância da cultura jurídica romana. Essas pesquisas notabilizaram-se pelas glosas, ou notas feitas à margem ou nas entrelinhas dos textos em comentários, com o propósito de permitir a prática do direito romano no dia a dia das atividades profissionais.

Findo o período dos glosadores, surgem, no século XIV, os chamados Pós-Glosadores que, ao contrário dos glosadores, preferiam comentar as obras sem apego aos originais. O talento inovador fez com que fossem aproveitadas fontes estranhas, como os costumes locais e o direito canônico.

Segundo o Prof. Arruda Alvim, são características principais do processo da época dos pós-glosadores: “1ª) a prova e a sentença obedeciam aos princípios romanos, ou seja, eram inspiradas na razão; 2ª) consagrava-se a intervenção principal, de origem germânica; 3ª) entendia-se a contestação da lide (“litiscontestatio”) como necessária para instauração do juízo e, conseqüentemente, para a prolação da sentença, o que representou retrocesso; 4ª) o impulso do processo foi deixado às partes; o que, posteriormente, veio a ser alterado pela adoção do princípio do impulso oficial; 5ª) além do processo ordinário, havia o processo sumário determinado e o indeterminado; 6ª) admitia-se a “appellatio tertii”, de origem francesa; 7ª) a coisa julgada passou a ter como fundamento a circunstância de valer por encerrar uma presunção da verdade; 8ª) o processo dividia-se em fases (“positiones”), estrutura esta que constitui o fundamento remoto do instituto da preclusão; 9ª) introduziram-se os juízos provocatórios, cuja construção – embora

indireta e complexa – destinava-se a dar ao processo uma função meramente declaratória.”<sup>32</sup>

Surge, após a fase dos pós-glosadores, no século XVI, a Escola Humanista, também conhecida por Escola Culta, não prestando grande contribuição ao direito processual por cultuar o direito antigo em desprezo às modernas interpretações do direito romano, merecendo, no entanto, destaque as obras de Donelo e Cujácio por fornecerem material maravilhoso sobre as “Institutas de Justiniano”.

Chama-se período dos práticos aquele compreendido entre os anos 1563 a 1806, época em que, por diversos fatores, os juristas enveredaram-se num praxismo, sem preocupação alguma pelo direito como ciência.

Em cada um desses períodos, as instituições modificavam-se de acordo com as circunstâncias da época, que se harmonizavam em complexos sistemas de governo, com subdivisão das regras sociais nem sempre nítidas, assumindo o rei a totalidade do poder. O direito, como manifestação cultural, confundia-se com a moral, com a política e com a religião.

A função do juiz não se revestia das garantias de ordem pessoal e funcional, tornando-se vulnerável às pressões dos poderosos ou inconstantes favorecimentos das elites. Suas decisões somente reconheciam o direito em conflito, recaindo ao titular realizá-lo com suas próprias forças. A noção de Estado confundia-se com a Igreja Romana e o poder espiritual, entendendo alguns autores que quase desapareceu durante o feudalismo, ressurgindo, no final da Idade Média, como Estado monárquico, sob a forma absolutista.

---

<sup>32</sup> *Manual de direito processual civil*. 5ª ed. Revista dos Tribunais, p. 44-45, v.1.

Assim, no curso da História observa-se a constante mutação do Direito em razão do amalgamento das regras morais, religiosas e sociais, diante das concepções que se atribuíam ao Estado.

O Prof. J. M. Othon Sidou<sup>33</sup> lembra que a jurisdição eclesiástica foi perdendo suas forças a partir do século XIV, quando Felipe, o Belo, manifestou as primeiras reações do Estado francês contra a admoestação papal, segundo a qual “todos os povos da Terra são subordinados ao Papa”.

Mas o Estado tornou-se forte, posicionando-se com independência legislativa, controle social e exclusividade jurisdicional, com a Revolução Francesa, em 1789, ao projetar suas idéias com singular repercussão no campo jurídico, concebendo o direito como sistema, e propiciando a consolidação da separação de poderes e a soberania nacional<sup>34</sup>, prevalecendo em quase todos os Estados o princípio da separação entre o poder secular e o eclesiástico, resultando no Estado Democrático de Direito, como está inserido no art. 1º da nossa Constituição Federal.

A partir daí, praticamente extinta se acha a justiça primitiva<sup>35</sup>, na qual o mais forte prevalecia sobre o mais fraco. O

---

<sup>33</sup> *Processo civil comparado*. 1ª ed. Forense Universitária, 1997, p. 134.

<sup>34</sup> Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, art. 16.

<sup>35</sup> Ainda hoje, na vigência do Estado de Direito, permanecem vivas todas as técnicas de solução dos conflitos da era primitiva, tais como: 1) o desforço imediato praticado pelo possuidor turbado, ou esbulhado (§ 1º, do art. 1.210 do Código Civil); 2) as hipóteses enumeradas nos incisos I e II do art. 188 do mesmo Código, isto é, “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. “Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”; 3) a autotutela consensual homologada judicialmente (arts. 269, III e 449 do CPC) e a transação (negócio jurídico – arts. 840 a 850 do CC); 4) o penhor legal (art. 1.469 do Código Civil); 5) o embargo extrajudicial de obra nova (art. 935 do CPC); 6) a escolha, pelas partes, da arbitragem (Lei n. 9.307, de 23.09.1996); 7) os casos enumerados no art. 23 do Código Penal: “Não há crime quando o sujeito pratica o fato: I em estado de necessidade; II em legítima defesa; III em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Estado assumiu, com supremacia<sup>36</sup>, o exercício da atividade jurisdicional, com o objetivo de fazer atuar a vontade do direito material. Postula-se perante o juiz que chama o demandado e não mais o autor e o demandado perante o juiz. O juiz é o agente legalmente investido no exercício da função jurisdicional, competindo-lhe, enquanto guardião de uma ordem jurídica justa e legítima, compor ou eliminar, de forma serena, imparcial e com total independência, os litígios<sup>37</sup> que lhe são apresentados pela comunidade.

### **2.5.2 Funções exercidas pelo Estado. Função jurisdicional<sup>38</sup>.**

Com a moderna configuração, as funções do Estado foram divididas. Por ser soberano, o que lhe habilita criar normas jurídicas, seu poder é uno e indivisível em sua substância. Suas funções é que se tripartem em legislativa, executiva e judiciária e completam-se entre si visando a realização dos seus fins.

Cabe a função legislativa criar o direito objetivo<sup>39</sup>, regulando e estabelecendo o proceder da ordem jurídica; à função judiciária ou jurisdicional compete a aplicação desse direito objetivo aos casos

---

<sup>36</sup> Evitou-se dizer que o Estado tem o monopólio da jurisdição em face dos meios alternativos de pacificação de conflitos fora do processo, como a mediação e a arbitragem (Lei n. 9.307/1996), na qual a sentença proferida pelo árbitro produz os mesmos efeitos da sentença judicial”. Na visão de Carlos Alberto Carmona o árbitro pratica efetivo papel de juiz, havendo perfeita equivalência entre a arbitragem e o processo estatal, tanto que, para ele, não há procedimento, mas processo arbitral. RT Informa, ano V, n. 30 – março/abril/2004, p.13.

<sup>37</sup> O litígio não é essencial à função jurisdicional, como se verá mais adiante. Há hipóteses que só a jurisdição pode solucionar, apesar da inexistência de conflito, como na ação de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público, na separação e no divórcio consensuais. Diz-se que nesses casos, por independe de controvérsia, há “conflito jurídico”, diante da necessidade de administração estatal.

<sup>38</sup> É corriqueiro, sem rigor técnico, o uso da expressão *tripartição de poderes*. Essa atecnia é empregada até mesmo na CF, como por exemplo, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>39</sup> A emissão desenfreada de medidas provisórias pelo Executivo não aponta declínio da plenitude do Legislativo, que continua com o monopólio da elaboração da lei. Quando muito essa atividade paralela somente reduziu a intensidade desse monopólio. Sem que haja uma divisão ontológica dessas funções, é possível, em casos extremos, uma determinada atividade invadir a função da outra. Tem-se, no entanto, que cuidar para que essa invasão não se transforme em arbítrio.

concretos. Em outras palavras, o desempenho da primeira resulta na elaboração das leis comuns ou genéricas e abstratas para aplicação a casos futuros; o da segunda é subsumir a norma abstrata aos casos passados (norma essa que se torna concreta).

Daí dizer Moacyr Amaral Santos<sup>40</sup> que a jurisdição pressupõe uma lei (norma geral e abstrata) a ser aplicada aos casos ocorrentes, transformando-se num comando concreto entre as partes do processo<sup>41</sup>. Por isso, a função jurisdicional é um prolongamento da função legislativa, mas aquela não se limita a executar a vontade desta e nem há, entre elas, subordinação recíproca.

No passado, a sentença era a primeira fonte do direito, pois diante da inexistência de normas abstratas, o juiz precedia ao legislador. Assim fizera o rei Salomão ao decidir quem gerou a criança, cuja maternidade estava sendo disputada por duas mulheres (1 Reis 3:16-28). É a jurisprudência a fonte formal mais antiga do direito<sup>42</sup>.

O Estado é a organização da soberania e manifesta a sua vontade por intermédio dos órgãos estatais formalmente separados, exercendo cada um deles, dentro de suas respectivas funções, a totalidade do poder soberano. O governo é a soberania em ação. Cada função organiza e manifesta seus poderes com total independência; são harmônicos e coordenam-se reciprocamente, compondo uma só vontade, realizando o ideal de contenção do poder pelo poder.

---

<sup>40</sup> *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21ª ed. Saraiva, 1999, p. 69.

<sup>41</sup> Ver art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Nas ações coletivas e nas ações civis públicas, o comando concreto (limites subjetivos da coisa julgada) tem eficácia *erga omnes e ultra partes*, com tratamento diferenciado do Código de Processo Civil.

<sup>42</sup> O mandado de injunção, instituído pela CF, art. 5º, LXXXI, tem como pressuposto para o seu cabimento, a inexistência de norma regulamentadora que impeça ou prejudique o exercício de direitos constitucionais fundamentais. No entanto, o STF entende que, embora seguidamente notificado, persistindo o órgão encarregado em não editar a norma, o beneficiário desta fica autorizado a ajuizar ação ou indenização com base no direito comum (MI 107-DF).



Essa divisão formal evidencia o princípio de liberdade em que cada uma dessas funções (legislativa, executiva e judiciária) age em esferas próprias com absoluta autonomia.

### **2.5.3 O juiz no exercício da função jurisdicional.**

No exercício da sua função, o juiz interpreta a lei, valorizando-a positivamente, tendo em conta seus fins e as metamorfoses da vida social.

O juiz não cria e nem diz o direito em abstrato. Se assim procedesse, não seria a *longa manus* do legislador, mas o próprio legislador. A função jurisdicional faz atuar a vontade concreta da lei, mas ela vai mais além, por destinar-se a solucionar os conflitos de interesses, criando a norma individual e dizendo a justiça, que é o seu mister final.

Freqüentemente o juiz se defronta com questões a serem decididas que nem sempre adequam-se a um preceito normativo, ou a lei, em sua formação genérica, não prevê a hipótese conflituosa, consistindo determinar o sentido e o alcance do direito escrito. Há casos excepcionais e a lei deve ser interpretada sistemática e teleologicamente. Nem sempre a lei se dirige ao caso concreto. Outras vezes a questão não é de subsunção, de lacuna ou obscuridade da lei, mas de penetrar no íntimo do autor do texto para compreender e dar sentido a vontade real que ele quis externar; outras vezes tem de decidir por equidade.

Em todos esses casos, deve o juiz conter-se com bom senso para não desembocar no arbítrio, colmatando o ordenamento jurídico, ou extraindo dele, que se encontra latente, as disposições concernentes aos casos análogos, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Na

busca e no esforço prévios empreendidos para construir uma decisão adequada, apropriada e justa, o juiz estará completando ou prolongando a função legislativa. Para a Filosofia do Direito contemporâneo, essa atividade de aplicação da lei pelo juiz, implica numa função criadora do direito.

Como agente do Estado, o juiz exerce jurisdição no processo de maneira desinteressada, eqüidistante do conflito e dos interessados, pondo em prática a vontade da lei material. Seu único interesse é compor o litígio de forma justa e legítima, dando a cada um o que lhe pertence.

A interpretação que o juiz dá à lei no caso concreto, tem como objetivo a eliminação do conflito de interesses no processo de conhecimento, ou mediante a realização do direito no processo de execução. Diferencia essa interpretação do parecer, por mais abalizado que seja, oferecido por um jurista, por um procurador ou pelo representante do Ministério Público, por encerrar opinião despida de atividade jurisdicional, nada impedindo que o juiz profira sua decisão ancorada nos fundamentos jurídicos do parecer.

Na direção do processo, o que faz com a colaboração das partes, o juiz está obrigado a tentar, a qualquer tempo, a conciliação e:

- 1) assegurar às partes igualdade de tratamento;
- 2) velar pela rápida solução do litígio;
- 3) prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125, incs. I, II, III e IV, do CPC), bem como:
- 4) dirigir, manter a ordem e o decoro na audiência;
- 5) ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente;
- 6) requisitar, se necessário, força policial para auxiliar no cumprimento de suas ordens ou pronunciamentos;
- 7) proceder direta e pessoalmente à colheita das provas; e,
- 8) exortar os

advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade (arts. 445 e 446 do CPC).

Antigamente o juiz era tido como a boca que pronunciava a lei e para não perder sua imparcialidade devia permanecer longe do litígio.

No mundo contemporâneo, tudo isso mudou diante da concepção publicista do processo, que passou a ser examinado como instrumento da jurisdição e não das partes. Com postura atuante, o juiz coloca-se entre a norma e a vida, desenvolvendo as mais diversas atividades quanto ao ordenamento, instrução, fixação e formação do objeto necessário da prova para convicção de suas próprias decisões; tem atuação ativa e *status* superior, não de arbitrariedade, na condução da relação processual.

A não ser fazer atuar a lei, o direito objetivo, e a obediência estrita ao direito processual, em suas atividades judicantes o juiz não tem superiores, não se subordina a qualquer outro órgão estatal e nem recebe ordens. Suas decisões submetem-se à sua própria consciência.

Em obediência ao direito processual, cabe-lhe fixar os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova (arts. 451<sup>43</sup> e 331, § 2º, do CPC), determinar a realização das que entender necessárias para formação do material de convencimento e indeferir diligências inúteis e protelatórias (art. 130 do CPC).

Em função da autoridade que desempenha em nome do Estado, o juiz, ou Estado-juiz como atualmente empregado, além dos poderes de direção, tem o processo sob o seu controle e fiscalização.

---

<sup>43</sup> Este dispositivo foi implicitamente revogado pela Lei 8.952/94, que deu nova redação ao art. 331 e §§ do CPC (RT 744/222, JTJ 195/203). Todavia, há um acórdão declarando que a fixação dos pontos controvertidos pode ser feita no início da instrução, especialmente porque, se realizada por ocasião do saneamento, “pode gerar discussão sobre prejulgamento e também sobre cerceamento do direito de produzir prova” (Lex-JTA 162/25), in Thetonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed. Saraiva, 2005, p. 488-489, nota 1 ao art. 451 do CPC).

Exerce, pois, papel especial como participante da relação jurídica processual.

Os doutrinadores ensinam que inicialmente a relação jurídica processual é formada entre o autor e o juiz, quando se instaura a demanda e o processo (art. 263 do CPC). Com a citação do réu, essa relação antes linear, ganha a forma triangular e se completa entre autor, juiz e réu, ou mais precisamente, entre o autor e o juiz, entre o juiz e o réu e entre o autor e o réu<sup>44</sup>.

Não se confunde relação jurídica processual com relação jurídica material. Aquela é de direito público (o direito à obtenção da tutela do Estado) contém esta e forma-se no processo entre o autor, o juiz e o réu. Na primeira discute-se a segunda, que é de ordem privada, na qual normalmente forma-se entre dois sujeitos, um subordinante e outro subordinado, de onde eventualmente surge o conflito de interesses que representa a lide ou o mérito da causa.

#### **2.5.4 Sujeição à jurisdição.**

Todos, indistintamente, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, submetem-se, independentemente de sua vontade, ao poder jurisdicional. Proposta a ação ou com a citação, ainda que um dos litigantes seja o Estado, a sujeição ao resultado do processo é igual, diante da imparcialidade e do império do poder estatal (CF, art. 6º, XXXV), cujo objetivo seu é fazer atuar a vontade da lei.

---

<sup>44</sup> Diverge a doutrina a respeito dessa triangulação. Quem não aceita, sustenta não haver ligação direta entre as partes, mas somente delas com o juiz, havendo, portanto, uma ligação angular. Essa divergência é mais acadêmica e não tem importância para este trabalho. Optou-se pela triangular por preponderar na doutrina brasileira.

A sujeição é completa. Na verdade, não se limita ao resultado do processo, já que pode ir mais além, com a prestação de tutela de urgência.

Quando o próprio Estado litiga com o particular, “o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, se superpõe aos litigantes, pois não lhe cabe a tutela do interesse público que o Estado possa estar defendendo, e, sim, a composição *secundum ius* do conflito em que este é parte. Aliás, na escala dos valores que o Estado tutela, predomina sempre, para os órgãos jurisdicionais, o interesse em compor, segundo o direito, qualquer conflito que haja entre um particular e o Estado”.<sup>45</sup>

Excetuam-se desta submissão as entidades internacionais e seus agentes, quando convencionado em tratados, não havendo, no entanto, proibição a essas entidades, se assim desejarem, se valer da Justiça brasileira.<sup>46</sup>

### **2.5.5 Função jurisdicional e função administrativa.**

Complexa é a distinção entre função jurisdicional e a administrativa.

Ultrapassado o entendimento daqueles que não viam diferença substancial entre as funções jurisdicional e administrativa, pode-se, num quadro comparativo, distingui-las das seguintes formas:

---

<sup>45</sup> José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Bookseller Editora e Distribuidora, 1997, p. 109, v.I.

<sup>46</sup> Ver a respeito Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. Malheiros Editores, 2001, p. 307-309, v. I, que trata deste assunto com profundidade. Esse mesmo autor lembra de duas hipóteses em que se pode recusar a demanda: 1) Quando o terceiro nomeado não reconhecer a qualidade de autor que lhe está sendo atribuída (art. 66 do CPC); 2) o poder das entidades particulares, pois seus sócios, participantes ou filiados podem delas se desligarem quando e como quiserem (art. 5º, inc. XX, da CF).

1) O Estado quando atua administrativamente, em qualquer de suas funções (legislativa, executiva, inclusive a judiciária ao praticar atos dessa natureza), seus atos podem ser revistos, quanto a legalidade (não quanto ao mérito do ato), pelos juízes investidos de jurisdição<sup>47</sup>; do contrário, nos atos jurisdicionais não se admite revisão pelos outros órgãos.

2) A função jurisdicional é exercida substitutivamente. Nessa atividade, o Estado intervém substituindo a vontade das partes na decisão do litígio e declara qual a vontade da lei reguladora daquele caso. Na função administrativa o Estado, através de seus funcionários, desenvolve atividade no interesse da administração. Na primeira, quando a atividade das partes do processo é substituída pelo Estado-juiz, o Estado está exercendo uma atividade secundária, *atuando* a lei; na segunda, por exercer defesa do próprio interesse, o Estado exerce atividade primária, ou originária.

3) O juiz nunca é parte no conflito, é terceiro imparcial em relação ao objeto do processo; é estranho em relação às partes. Como órgão da jurisdição, integra a relação jurídica processual, colocando-se acima e equidistante das partes, desempenhando papel preponderante como dirigente do processo, no qual pratica diversos e diferentes atos (art. 162 do CPC). Nessa função, atua como órgão de poder do Estado em substituição da atividade privada, com a finalidade de extinguir a relação processual (art. 269 do CPC), manter a paz jurídica, afirmar a vontade da lei e atribuir o que é de cada um dos litigantes. Quando decide litígios em que a administração é parte,

---

<sup>47</sup> O art. 217, § 1º da CF prevê que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva...” É requisito indispensável para o ajuizamento do “habeas data”, a prova do anterior indeferimento do pedido de informações de dados pessoais, ou de omissão em atendê-lo (STF-Pleno: RTJ 162/805 e RDA 204/214, maioria. Ver Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. Ob. cit., p. 1584, nota 2 ao art. 7º, da Lei n. 9.507, de 12.11.1997).

está substituindo não a própria administração como parte, mas suas atividades. A administração decidindo, é parte e juiz ao mesmo tempo, julga sua própria atividade com interesse no resultado, pois sua natureza é de parcialidade, embora proceda em conformidade com a lei.

4) A administração, quando aplica o direito objeto, deve manter-se dentro da lei, sendo esta o seu limite; para o órgão jurisdicional a lei é o seu fim e julga atividade alheia,<sup>48</sup> embora, os atos administrativos vinculados têm seu conteúdo predeterminado na lei.

5) A atividade jurisdicional que se encerra com a sentença, de regra, tem eficácia de imutabilidade, isto é, na sua parte decisória adquire autoridade da coisa julgada<sup>49</sup>; o ato administrativo pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo.

## **2.5.6 Princípios que informam a jurisdição.**

### **2.5.6.1 Princípio da investidura ou do juiz natural.**

Somente aqueles legitimamente investidos no cargo de juiz em conformidade com os dispostos nos arts. 92 a 94 da Constituição Federal têm atribuição ao exercício da jurisdição, cabendo-lhes aplicar o direito ao caso concreto. A CF no seu art. 5º, XXXVII proíbe juízos ou tribunais de exceção e no inc. LIII do mesmo artigo,

---

<sup>48</sup> O que se quis dizer é que o julgamento jurisdicional diz respeito ao conteúdo da decisão final prestada pelo Estado para solucionar o conflito, a questão da lide. O julgamento das questões relativas à suspeição, impedimento e competência, recai nas atividades funcionais do juiz, como participante da relação processual, não na função jurisdicional soberana do Estado propriamente dita. Essas atividades instrumentais são verdadeiras atividades-meio para prestação da atividade substitutiva que é a sentença de mérito.

<sup>49</sup> Não faz coisa julgada: 1) a decisão denegatória do mandado de segurança, quando essa decisão não aprecia o mérito (Súmula n. 304 do STF), embora haja decisão do mesmo Tribunal desautorizando o uso da súmula; 2) LACP (Lei n. 7.347, de 24.07.1985, art. 16, parte final); 3) CDC (Lei n. 8.078, de 11.09.1990, art. 103); 4) Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29.06.1965, quando os pedidos propostos com fundamento nessas leis são julgados improcedentes por deficiência de prova.

garante que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Dessas normas, extrai-se a inconstitucionalidade da criação ou designação, pelo legislador ordinário, de juiz ou tribunal para julgar determinado caso e a segurança no trâmite dos processos perante juízos de competência previamente estabelecida. Também consagra a Constituição a garantia de que à frente do julgamento estará um juiz desinteressado, estranho às partes, neutro e imparcial no resultado da demanda a ele apresentada. Tendo o juiz interesse pessoal, econômico ou jurídico na solução da lide, seja por laços de amizade, inimizade ou parentesco, deve ser afastado do julgamento, por encontrar-se impedido ou suspeito (arts. 134 e 135 do CPC).

Em benefício da função e, conseqüentemente da sociedade, aos juízes são asseguradas as garantias previstas no art. 95 da CF (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios). Ao juiz é vedado afastar-se ou declinar do exercício da função jurisdicional e nem pode ser retirado do processo por seus superiores hierárquicos, salvo se por aposentadoria, licença, férias, colocado em disponibilidade, perda do cargo, impedimento ou suspeição.

#### **2.5.6.2 Princípio da indelegabilidade.**

A atividade jurisdicional não pode ser delegada e nem transferida. É exercida com exclusividade pelo agente que esteja nela investido.

Na época das Ordenações Filipinas a jurisdição era delegada, provinda de mandato especial de uma autoridade superior. Delegada a jurisdição, todas as causas seriam da competência da autoridade delegada e, ainda que a autoridade que delegou viesse a falecer, a



delegação não se expiraria. Havia a possibilidade de subdelegação, mas o juiz, depois de subdelegar, não poderia mais tomar a si a mesma jurisdição, salvo se falecesse o juiz subdelegado.<sup>50</sup>

### **2.5.6.3 Princípio da aderência da jurisdição ao território.**

A CF limita, em linhas gerais, o exercício da jurisdição, condicionando-a a um território. Ao órgão jurisdicional não cabe exercer atribuição jurisdicional além dos limites traçados na Constituição. Por outro lado, não está investido de atribuição jurisdicional, órgão estatal que não encontrar na Constituição Federal sua origem e fonte criadora.<sup>51</sup>

Assim, têm competência: a) O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores sobre todo o território nacional; b) os Tribunais Regionais Federais sobre determinada região, compreendendo um ou mais Estados membro; 3) os Tribunais Estaduais sobre o território do respectivo Estado; 4) os Juízes federais sobre determinada região, compreendendo um ou mais municípios ou distritos; 5) os juízes estaduais sobre determinada comarca. Esses limites são determinados pelas leis de organização judiciária, não tendo o juiz jurisdição fora do território da sua comarca, região, ou Estado Federado. Invadindo a jurisdição de outro, o juiz, que assim agir, dá lugar ao chamado conflito de jurisdição, disciplinado nos arts. 115 a 124 do CPC.

---

<sup>50</sup> Antonio Vanguerve Cabral Lisboa. *Prática judicial*. Typographia Rollandiana, 1862, p. 79. Conta esse autor que um certo juiz subdelegou a jurisdição a outro para que apreciasse determinado conflito. Após despachar no feito, uma das partes arguiu a suspeição do juiz subdelegado, propondo o incidente perante o juiz que a delegou, que a julgou procedente. Em recurso para a Coroa, esta lhe deu provimento, reconhecendo que o juiz havia perdido sua jurisdição quando a delegou.

<sup>51</sup> José Frederico Marques. Ob. cit., p. 123.

#### 2.5.6.4 Princípio da inércia ou da demanda.

Reinante ainda entre nós a máxima *ne procedat iudex ex officio*, a função jurisdicional, de regra, só atua em conflitos de interesses quando instaurado o processo contencioso por provocação da parte interessada, mas uma vez provocada se desenvolve por impulso oficial. Assim estabelecem as regras dos arts. 2º e 262 do CPC.<sup>52</sup>

Com a iniciativa da parte, rompe-se a inércia inicial do exercício da função jurisdicional. Portanto, a jurisdição é função provocada e uma vez provocada, o processo se desenvolve por impulso oficial.

O princípio caracteriza o pressuposto da função jurisdicional; só se manifesta quando invocado o socorro do Estado e a imparcialidade do juiz que se limita a decidir a pretensão nos termos propostos. Quem provoca o funcionamento da máquina judiciária tem a pretensão de proteger um direito subjetivo seu ameaçado ou violado por outrem. O Estado tem a obrigação de conhecer o conflito e solucioná-lo, assegurando o respeito à ordem jurídica, aplicando o direito ao fato, dando efetividade ao direito material.

Há, no entanto, exceções ao princípio. Justificado pelo interesse público ou como forma de compelir o sujeito a realizar a prestação, de ofício o juiz pode: 1) aplicar multa à parte que violar o disposto no inc. V, do art. 14, parágrafo único; 2) condenar o litigante em má-fé (art. 18 do CPC); 3) examinar os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, como os pressupostos processuais e as condições da ação (arts. 267, § 3º, 295 e 301, § 4º do

---

<sup>52</sup> Art. 2º do CPC: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Art. 262: O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

CPC); 4) declarar a incompetência absoluta (art. 113 do CPC); 5) conhecer da prescrição quando se tratar de direitos patrimoniais (art. 219, § 5º); 6) determinar a produção das provas que entender necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC); 7) conhecer da decadência do direito (art. 210 do CC); 8) decretar a revelia (art. 319 do CPC); 9) impor e modificar o valor das multas disciplinadas nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 461 e § 3º do art. 461-A, ambos do CPC; 10) reexaminar a admissibilidade do recurso (art. 518 do CPC); 11) remover o inventariante (art. 995 do CPC<sup>53</sup>); 12) determinar a realização de estudo social ou perícia para decretar a perda ou suspensão do pátrio poder, ou a colocação de menor em família substituta (arts. 161, § 1º, e 167, da Lei n. 8.069, de 13.7.1990 – ECA). Pode ainda o juiz determinar de ofício: 1) a abertura do inventário (art. 989 do CPC); 2) a exibição de testamento (art. 1.129 do CPC); 3) a arrecadação de bens na herança jacente e dos bens do ausente (arts. 1.142 e 1.160 do CPC); 4) ordem de *habeas corpus* (art. 654, § 2º do CPP).

Mas porque a jurisdição tem de ser provocada, se a razão da sua organização, como função especial da soberania do Estado, é a de atuar o direito objetivo, tornando-o realidade ao caso concreto, solucionando os conflitos de interesses e assegurando a paz jurídica?

A resposta é simples. A aplicação, realização ou atuação do direito objetivo não é *atividade específica* da função jurisdicional. Os particulares, como as demais funções do Estado, por diversas formas, fazem atuar ou realizar o direito objetivo, quando cumprem a lei,

---

<sup>53</sup> A jurisprudência não é pacífica a respeito (RTJ 109/751, com dois votos vencidos). Ver Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. Ob. cit., p.951, nota 1 ao art. 996 do CPC. Parece-nos que a remoção do inventariante pode e deve ser de ofício pelo juiz, desde que seja previamente intimado para defender-se. Ora, se o art. 989 autoriza o juiz, de ofício iniciar o inventário, pode dar ao processo impulso oficial (art. 262). Caso contrário, qual a finalidade de iniciá-lo se encontrar, pela frente, um inventariante relapso.

respeitando-a ou exercendo-a em toda a sua extensão e plenitude nos atos e negócios jurídicos. A única diferença é a impossibilidade de impor coercitivamente a observância do ordenamento, cujo atributo é da função estatal. Mas não é só isso. O escopo e a preservação da imparcialidade do juiz, que não pode sair a cata de litígios para solucionar e nem estimular o direito subjetivo do sujeito para demandar, bem como evitar a indesejada intromissão de estranhos nas relações privadas.

Como ninguém se escusa de cumprir a lei, mesmo alegando que não a conhece (art. 3º LICC), os conflitos de interesses são resolvidos pelos próprios interessados, pois que se sujeitam a normas abstratas que os regula.

Pode acontecer, e é o que ocorre com mais frequência, os conflitantes não compõem espontaneamente o litígio, seja porque cada qual entende estar com ele o direito, isto é, as normas de direito objetivo o protegem, seja por intransigência de um ou do outro, ou recíproca.

Não havendo acomodação espontânea, o sujeito do interesse oposto curva-se ao interesse do outro (desiste, renuncia ou perdoa), ou utiliza-se do seu direito ou poder de ação, propondo a demanda, quebrando a inércia da jurisdição e exigindo uma satisfação do agente que a exerce.

#### **2.5.6.5 Princípio da substitutividade.**

Como já foi visto anteriormente, proibida a autotutela, quando o titular realizava o seu direito pela própria força, e assumindo o Estado, através de uma das funções soberanas, o monopólio da jurisdição, se sobrepondo às partes em conflito com o objetivo de

fazer atuar a vontade da lei, está o Estado, com essa assunção, substituindo a atividade primária das partes.

Desta forma, nos atos proibidos de autotutela<sup>54</sup>, a jurisdição é exercida e realizar-se-á em caráter substitutivo; é a substituição da atividade privada e alheia, pela atividade pública. Primeiro, por exemplo, aguarda-se o cumprimento espontâneo da obrigação para depois acionar o aparelho judiciário.

Na teoria chiovendiana, a jurisdição é definida não tanto na atividade secundária e substitutiva, mas na imparcialidade do juiz, como órgão estranho ao objeto do processo.

#### **2.5.6.6 Princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional.**

Esse princípio vem assentado no art. 5º, XXXV, da CF, que estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que implica no reconhecimento obrigatório não só do acesso ao Judiciário, como também, e principalmente, o dever desse órgão estatal decidir todos os pleitos que lhe forem endereçados.

No plano infraconstitucional, o art. 126 do CPC preceitua que o juiz não pode eximir-se de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Há, no entanto, em nosso sistema, atribuição jurisdicional ao Senado Federal quando julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (CF, art. 86). Por seu turno, o judiciário também

---

<sup>54</sup> Nos casos permitidos a tutela pela própria força, a jurisdição é irrelevante.

exerce função típica legislativa quando da elaboração do seu regimento interno (CF, art. 96, I, a). Essas funções atípicas não ferem o princípio constitucional pelo poder originário.<sup>55</sup>

#### **2.5.6.7 Princípio da publicidade.**

Estabelece o art. 93, IX, da CF que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes...”.

A regra constitucional é clara. Todas as atividades jurisdicionais serão públicas, salvo os casos que a lei excepciona.

#### **2.5.6.8 Princípio da inevitabilidade.**

O poder de império estatal faz com que, uma vez ativada a jurisdição, há sujeição ao resultado do processo, seja ele qual for.

É fator legitimante da inevitabilidade a sujeição do particular à autoridade do Estado (retro subitem 2.5.4).

#### **2.5.6.9 Princípio da unicidade.**

A função jurisdicional é una e indivisível. A divisão em civil, penal, trabalhista, eleitoral, Justiça Federal, Justiça Estadual é feita em face da praticidade funcional, mas estruturalmente são em tudo idênticas.

---

<sup>55</sup> Um órgão só pode exercer as funções do outro havendo delegação do poder constitucional originário, como nos casos expressos nos arts. 68 e 86 da CF.

## 2.6 Jurisdição voluntária.

Através da jurisdição contenciosa, como vimos, o Estado, quando provocado, manifesta-se por intermédio de seus agentes, fazendo atuar a vontade da lei, solucionando e disciplinando os conflitos de interesses onde houver resistência de um sujeito à prestação de outro, assegurando a paz jurídica.

A denominada jurisdição voluntária é uma atividade complexa, abrigando em si consideráveis controvérsias com repercussões no campo do ordenamento processual.

Na doutrina brasileira há duas correntes antagônicas a respeito dessa espécie de jurisdição. Numa, predominante, a jurisdição voluntária é autêntica atividade administrativa que, por questão de política legislativa, e em consideração a independência, a idoneidade e a responsabilidade que gozam os juízes perante a sociedade, foi-lhes confiada a tarefa<sup>56</sup> de validarem certos negócios jurídicos de interesses privados.

O Estado, na sua função administrativa, intervém em inúmeras situações da atividade privada que de certo modo interessam também à coletividade, tutelando a formação de sujeitos jurídicos e de pessoas, tais como a inscrição no registro público do ato constitutivo, estatuto ou contrato da pessoa jurídica, o registro, quando da compra do imóvel na respectiva matrícula, o casamento civil que se realiza perante o juiz de paz, o nascimento e o óbito pelo termo em registro próprio, a habilitação para dirigir veículo, a licença para construir obra etc. Em outras, por considerar socialmente relevantes, merecem especial proteção e para conferir-lhes validade, a lei exige a atuação

---

<sup>56</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra *et alii*. *Teoria Geral do processo*. 19ª ed. Malheiros Editores, 2003, p. 154.

do órgão jurisdicional, como, por exemplo, na emancipação (art. 1.112, I, do CPC), na alienação de quinhão em coisa comum (art. 1.112, V, do CPC), na separação consensual (art. 1.120 a 1.124 do CPC), na suspensão do pátrio poder (arts. 155-163 do ECA, Lei n. 8.069/1990) etc.

Segundo essa corrente, a jurisdição voluntária ou graciosa é considerada mera administração pública tutelando interesses privados, de caráter preventivo e por não compor lide não tem natureza jurisdicional. Nela não há contraditório, nem partes, pois os interesses são comuns, não contrapostos, não tem ação nem processo, nem há substituição da atividade das partes pelo órgão jurisdicional, que se restringe à delibação da vontade dos interessados, criando situações jurídicas novas, não se constituindo, essa homologação, em coisa julgada material.

Contrariando essa corrente, que lhe dá cunho meramente administrativo, doutrina mais recente que vem ganhando força, considera, pela espécie e objeto, a jurisdição voluntária típica atividade jurisdicional, ou pelo menos com a função de atuar dirimindo litígios antes que se deflagrem, numa forma preventiva de atuação da lei.

Para essa corrente a jurisdição, numa concepção moderna, além da função declarativa pode também constituir estados jurídicos novos, do que se conclui que a constituição de atos ou negócios jurídicos não é exclusiva da jurisdição voluntária. Esta, igualmente, pode atuar em direito preexistente, como acontece na separação consensual, exigindo a lei que o casamento tenha ocorrido há mais de dois anos (art. 4º da Lei n. 6.515, de 26.12.1977).<sup>57</sup> O caráter preventivo também não é mais exclusividade da jurisdição voluntária,

---

<sup>57</sup> Esse prazo foi reduzido para um ano (art. 1.574 do Código Civil).



diante das sentenças cautelares e declaratórias puras, de atividades contenciosas preventivas.

Considerando o conceito de parte como “aquele que se situa num dos pólos da relação jurídica processual”<sup>58</sup>, não há inconveniente na afirmativa de inexistir conflito. A relação processual é que pode não se triangular, se a todos os interessados (*inter volentes*) satisfaz um só resultado no julgamento. A lide não é característica da jurisdição contenciosa. O réu pode reconhecer a procedência do pedido, confessar, tornar-se revel, não apresentar embargos na ação monitória ou nada impugnar no inventário, em todos esses casos não há lide, configurando-se pela inexistência de uma pretensão resistida. Em contra partida, surgiu uma série de atos processuais coordenados exigindo a atuação do órgão jurisdicional para declarar, de forma justa, se a vontade dos interessados está ou não em conformidade com a vontade da lei.

Diferentemente da jurisdição contenciosa, onde a regra é a do juízo da legalidade estrita, na jurisdição voluntária reina um juízo de conveniência (art. 1.109, 2ª parte, do CPC). No entanto, a sentença proferida no processo de jurisdição voluntária pode se constituir em título executivo hábil a aparelhar execução.<sup>59</sup>

Na jurisdição contenciosa, há sentenças de mérito que não produzem coisa julgada, como acontece no processo cautelar, no qual,

---

<sup>58</sup> Thereza Alvim. *O direito processual de estar em juízo*. Ed. RT, 1996, p. 12. Para o Prof. Ovídio A. Baptista da Silva o argumento de que na jurisdição voluntária não existem partes, só interessados, poderia ser aceito, “desde que bem definido o conceito de parte, como elemento componente de um todo que seria o litígio. Se reduzirmos o conceito de parte até esse limite, definindo-o como o elemento subjetivo de um conflito jurídico de interesses, então podemos dizer que, na jurisdição voluntária, realmente inexistem partes, o que, de resto, nada mais provaria senão o fato já sabido que aí não há litígio, por ser justamente voluntária a jurisdição. Se, todavia, quisermos significar com o conceito de parte aqueles que *participam* da relação processual, no sentido de participarem dela como sujeitos, não vemos inconveniente em afirmar que a jurisdição voluntária compõe-se também de partes. Está claro que, por ser voluntária a jurisdição, não haverá aqui partes em conflito, justamente porque é o conflito que define a jurisdição contenciosa. Mas não se demonstrou que só exista jurisdição quando haja conflito de interesses”. (*Teoria Geral do Processo Civil*, em parceria com Fábio Luiz Gomes. Ed. RT, 1997, p.78).

<sup>59</sup> Humberto Theodoro Júnior. *Processo de execução*. 22ª ed. Leud, 2004, p.139.

com exceção de seus pressupostos, não se discute declaração de existência do direito.

O juiz, na jurisdição voluntária, não se insere entre os interessados; ele exerce a função com a imparcialidade de um mediador, removendo o obstáculo que impede a tutela de um interesse, possibilitando ao destinatário da norma que usufrua dela. Essa intervenção do juiz não é originária, pois não lhe cabia, vindo a exercê-la em substituição (não a vontade), mas a atividade dos interessados, cujos interesses encontravam-se em jogo. Até mesmo quando desenvolve atividade tendente a tutelar interesse de incapaz, a decisão do juiz garante a atuação de um direito protegido pela lei (art. 1.691 do Código Civil).

Ao contrário da administração, seu julgamento deve ser sempre em conformidade com a lei. É certo haver exceções, quando lhe são conferidos poderes discricionários, como por exemplo, na fixação dos alimentos e dos danos morais, na guarda de filhos, na fixação dos honorários advocatícios (§ 4º do art. 20, do CPC). Já o ato administrativo diz respeito e atinge diretamente o agente que o realizou.

Não é exclusividade da jurisdição voluntária a proteção de certos interesses públicos: a jurisdição criminal também o é; embora seja tênue seu escopo de atuar a vontade do direito objetivo, isso é característica que o próprio sistema lhe dá, não tendo o condão de desfigurá-la.<sup>60</sup> Desde que haja situação de conflito ou de insatisfação afligindo pessoas, há necessidade de solução, com possibilidade do juiz, não encontrando tutelado pelo direito positivo o interesse alegado, negar a tutela.

---

<sup>60</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. Ob. e vol. cits., p. 316.

Há tutela na jurisdição voluntária que impõe obrigação ao interessado, como, por exemplo, quando o juiz, não aceitando a recusa, coage o tutor a exercer o cargo.<sup>61</sup>

Como ficou demonstrado, a todos os argumentos expendidos por aqueles que vêm a jurisdição voluntária como ato de cunho administrativo, são respondidos satisfatoriamente pelos que defendem sua característica jurisdicional, conhecida por teoria revisionista.

Uma terceira doutrina desponta para configurar a jurisdição voluntária como um complexo polimórfico, relacionando nela algumas hipóteses inerentes à jurisdição contenciosa, outras administrativas.

Por fim, a vista do que preceitua o art. 1.104 do CPC<sup>62</sup>, que estabelece expressamente o princípio dispositivo ou da iniciativa da parte, mantendo orientação geral do Código (arts. 2º, 262, 566, 567, 580, 797 e 801)<sup>63</sup>, o processo de jurisdição voluntária exige ativação da jurisdição pelo interessado ou pelo Ministério Público, nos casos que a lei lhe dá legitimação ativa, e a jurisdição só entra em exercício por meio de ação, obedecendo a petição inicial aos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, com a indicação da providência judicial a ser tomada.

---

<sup>61</sup> Em primeiro plano, trata-se de um dever do tutor em aceitar o cargo, pois a tutela, assim como a curatela, “são munus que o sistema jurídico impõe para a vida em sociedade, fundado em razões de parentesco, via do qual os parentes se devem uns aos outros, reciprocamente, assistência e até alimentos, bem como fundado em razões de solidariedade humana, sem a qual esta seria uma utopia”. José Olympio de Castro Filho. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed., atual. De José Rubens Costa. Ed. Forense, 2004, p. 302, v. X. A regra é de que, se não admitida a escusa do tutor ou curador, o nomeado deve exercer a tutela até que seja provido o seu recurso, cf. art. 1.739 do Código Civil e art. 1.193 do CPC. Todavia, se houver insistência na escusa, interpondo recurso contra a decisão que não a admitir (lembrando que o art. 1.489 do Código Civil não mais incluiu entre os beneficiários de hipoteca legal os curatelados e tutelados), a solução deve ser a do disposto no art. 1.189 do Código de Processo Civil, isto é, as funções da curadoria deverão ser exercidas pelo Ministério Público.

<sup>62</sup> Art. 1.104 do CPC: O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

<sup>63</sup> O Código admite instauração do processo *ex officio* (arts. 1.113, 1.129, 1.142, 1.160, 1.170 e 1.197), cf. Antônio Cláudio da Costa Machado. *Código de Processo Civil interpretado*. 4ª ed. Ed. Manole, 2004, p. 1.677.

Nesse contexto, observa-se que a lei exige a formulação de um pedido, decorrendo daí a ativação do aparelho judiciário pelo interessado ou pelo Ministério Público que dá causa a formação do processo, por meio do qual faz atuar o direito objetivo na tutela de sua pretensão que é o pedido, objeto da ação e do processo.

Na esteira da linha de pensamento de Alexandre Freitas Câmara<sup>64</sup> e na assertiva de que pode haver processo sem lide, mas não sem pretensão resistida<sup>65</sup>, da qual decorre o exercício da função jurisdicional, “sendo tal pretensão de integração de um negócio jurídico de direito privado, estar-se-á diante da jurisdição voluntária. Caso contrário, a hipótese será de jurisdição contenciosa”. Há margem, portanto, nos cento e oito artigos (arts. 1.103 a 1.210) que o Código destina à jurisdição voluntária para a deflagração de um conflito de interesses colocado para o juiz solucionar. Aquele que vai a juízo pleitear a alienação de um bem do incapaz, basta provar a necessidade ou evidente interesse da prole (art. 1.161 do Código Civil), a hipótese é de jurisdição voluntária, pois a pretensão é de que o ato judicial confira validade ao negócio jurídico que se quer realizar. Se, porém, tratar-se de alienação de coisa comum (art. 1.322 do Código Civil e 1.112, IV, do CPC), o que pressupõe haver discórdia entre os condôminos (havendo concordância não há interesse processual para o pedido de alienação, uma vez que se resolve por escritura pública), tudo se faz em contraditório, a hipótese é de jurisdição contenciosa, respeitado o procedimento especial de jurisdição voluntária. Seja nesta ou naquela, o juiz estará sempre julgando com imparcialidade, “ainda que o processo em si mesmo seja

---

<sup>64</sup> *Lições de Direito Processual Civil*. Editora Lumen Juris, 2002, p. 71.

<sup>65</sup> A pretensão nada tem a ver com o exercício do direito de ação. A “pretensão” é regulada pelo direito material respectivo. Alcides de Mendonça Lima. *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*. Ed. Forense, 1992, p. 59.

aparelhado a dar a tutela a determinado sujeito (como na interdição), ou a ambos (como na separação consensual)”.<sup>66</sup>

## 2.7 Ação.

A partir do momento em que o Estado se fortaleceu e tomou para si o encargo de estabelecer a ordem jurídica, regulamentando e assegurando o bem estar do povo, proibindo a autotutela, ou a obtenção do direito pela força, assumiu a obrigação de criar órgão especial apropriado e eficaz a prestar tutela jurídica a quem o invoca.

Nesse afã, o Estado não só tem o poder e o direito de compor o litígio que lhe for apresentado pelos seus súditos, mas também a obrigação de fazer atuar uma de suas funções (a função jurisdicional) para a realização da providência pleiteada.

Mas a função jurisdicional é uma função provocada (art. 2º e 262 do CPC); não tem iniciativa própria (salvo as exceções anteriormente mencionadas); movimenta-se desde que impulsionada. Então a lei confere a todos, sem exclusão, tenha ou não o direito que imagina ter<sup>67</sup> (art. 5º, XXXV, da CF)<sup>68</sup>, a faculdade de quebrar a inatividade da jurisdição.

Essa quebra é uma faculdade, mas também um poder ou direito<sup>69</sup> que tem o sujeito de acionar o Estado para que ele coloque em funcionamento a jurisdição. A ferramenta adequada para esse

---

<sup>66</sup> Cândido Rangel Dinamarco. Ob. cit., p. 318.

<sup>67</sup> O direito de ação desprende-se, por completo, do direito subjetivo material.

<sup>68</sup> Dispõe o inc. XXXV do art. 5º da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Parece equivocada essa redação, porque também se confere acionar a jurisdição quem não sofreu violação ou ameaça a direito, embora seja necessário deduzir em juízo a pretensão de direito substancial a ser solucionada.

<sup>69</sup> Para Alexandre Freitas Câmara, com quem concordamos, “a ação não deve ser encarada como direito subjetivo, e sim como poder público, já que entre seu titular e o Estado inexistente conflito de interesses, elemento essencial para a configuração de um direito subjetivo (já que neste os interesses do titular do direito e do titular do dever jurídico que lhe corresponde são, necessariamente, contrários)”. Ob. cit., p. 104.

acionamento chama-se pedido, postulação ou pretensão, que é formalizado por uma petição escrita, dirigida ao juiz, pessoa natural que exerce a função jurisdicional representando a vontade e a inteligência do Estado, daí a expressão composta Estado-juiz.

Couture ensina que “ante o Judiciário, o direito de petição assume uma feição particular. Enquanto que perante os outros poderes ele apenas configura uma relação entre o particular e a autoridade, perante o Judiciário ele envolve a um terceiro, que se vê, assim, ainda que contra a sua vontade, incluído na petição”.<sup>70</sup> Esse terceiro é o Estado, representado pelo órgão jurisdicional, com função predominante sobre autor e réu.

A ação é um direito público subjetivo pré-processual autônomo e abstrato, que pode ser exercido independentemente da existência de um direito subjetivo material; também é instrumental porque sua finalidade é o julgamento de uma pretensão de direito material.

Considera-se proposta a demanda quando a petição inicial: a) for despachada pelo juiz, nas Comarcas onde houver juízo único; b) distribuída nas Comarcas com mais de uma vara (art. 263 do CPC) e juízos com competência residual.

São sujeitos da demanda o autor e o Estado. O primeiro, como sujeito ativo; o segundo, a quem o autor se dirige por intermédio do juiz em busca da tutela jurídica. O demandado é sujeito passivo da *pretensão* que está sendo dirigida contra ele. Não existe conflito de interesses entre o autor e o Estado, senão um direito para o Estado, a quem se deve dirigir e que será representado por um de seus funcionários no exercício da função jurisdicional. A obrigação do

---

<sup>70</sup> *Fundamentos do Direito Processual Civil*, trad. de Rubens Gomes de Sousa Ed. Saraiva, 1946, p.49.

Estado, sob o ponto de vista processual é, primordialmente, proteger o interesse público e geral na tutela da ordem jurídica, na paz e harmonia sociais; secundariamente, tutela o interesse privado, eliminando os conflitos através do provimento jurisdicional final.

### **2.7.1 Teorias sobre a ação.**

Em face do objetivo principal que neste modesto trabalho pretende-se desenvolver, bastaria examinar a teoria dominante entre nós. Não obstante, o fascinante tema impulsiona a análise das mais importantes, ainda que superficialmente, como se fará aqui, até porque o instituto da ação é fundamental no Direito Processual, considerado pela doutrina como um dos pilares fundamentais de toda a sistemática do processo.

Destacam-se, no entrechoque de idéias, as seguintes teorias:

1. Civilista ou imanentista. Nela a ação confunde-se com o próprio direito material subjetivo depois de violado. Reflexo da época em que inexistia autonomia ao Direito Processual, a ação era vista como elemento constitutivo do direito subjetivo. Entre nós, um de seus adeptos foi Carvalho Santos, para quem “o direito não teria significado se não fora estar garantido pela ação correspondente”, e concluindo, “a ação não é outra coisa que o próprio direito reagindo contra sua violação, deixando a atitude de tranqüilidade em que permanece, para se pôr em movimento, uma vez que seja contestado ou violado”.<sup>71</sup>

Essa teoria, hoje superada, exerceu grande influência sobre a doutrina até meados do século XIX. Sua inconsistência aparece quando o pedido do autor for julgado improcedente, ou na ação

---

<sup>71</sup> *Código Civil Brasileiro interpretado*. 11ª ed. Livraria Freitas Bastos S.A., p.231, v.II.

declaratória negativa, quando a pretensão é apenas de uma declaração de inexistência de relação jurídica. Nesta nada se reclama, a não ser uma simples declaração capaz de fazer cessar um estado de incerteza jurídica, ou nas obrigações naturais que se incorpora ao patrimônio do credor, mas uma vez prescrita a dívida, ou sendo esta de jogo, não se acham revestidas de um atributo suficiente para lhes garantir o reconhecimento judicial<sup>72</sup>. No entanto, cumprida a obrigação, perde-se o direito de repetição. Naquela, onde a pretensão foi repelida, a tutela foi prestada, embora contrária aos interesses ou direitos pretendidos pelo autor.

2. Da ação como faculdade do direito da personalidade. Desenvolvida por Kohler, na qual a ação tem natureza de simples faculdade emanada do direito à integridade, à personalidade e à liberdade, mas, sem caráter de direito autônomo.

Peca essa teoria porque o Estado não integra a relação processual, limitando-se a dar valor aos atos praticados pelas partes, vindo o processo a ser uma luta unicamente entre os conflitantes. Com isso, desvirtua o conceito de jurisdição e de processo, desconhecendo sua essência de direito público e a atividade jurisdicional do Estado.

Também não explica essa teoria quando inexistente adversário, como ocorre nos processos de jurisdição voluntária.

3. Concretista. Nasceu da célebre discussão ocorrida em meados do século XIX entre os juristas tedescos Bernard Windscheid e Theodor Müther, desenvolvida por Wach. Essa teoria deu importante avanço à autonomia do processo e ao segundo jurista a oportunidade de configurar o caráter público da ação. Essa doutrina fala da ação como um direito concreto contra o Estado, o seu destinatário imediato e a ele corresponderia o dever de conceder a

---

<sup>72</sup> Eduardo J. Couture. Ob. cit., p. 24.



tutela, bem como de coagir, se necessário, o obrigado a cumprir a prestação.

4. Teoria da ação como direito concreto, autônomo, potestativo e privado. Chiovenda, inspirado nos ensinamentos de Wach, defende a ação como direito autônomo, mas não integralmente o conceito publicístico dela. Para esse jurista o Estado, a quem a ação é dirigida, coloca-se à frente do adversário, para que este suporte o efeito jurídico da atuação da lei, mas inexistente direito ao qual esteja correlatamente obrigado. A ação, para ele, é um direito público, mas também de direito privado, concebendo a relação entre as partes através do Estado.

Repousa toda a teoria na idéia de ser a ação um direito potestativo, no qual um dos sujeitos da relação jurídica sujeita-se ao arbítrio do outro. Torna efetivo um poder jurídico por ato de vontade do titular, sem que haja cooperação do obrigado, que nada pode fazer para impedir ou evitar a sua sujeição aos efeitos jurídicos produzidos em favor do credor.

Com essas teorias, a doutrina processual obteve considerável avanço concebendo o caráter público da ação, principalmente após a teoria de Oscar von Büllow, dando conotação ao desenvolvimento do processo como relação jurídica, formado com sujeito, objeto e causa.

Quase que simultaneamente, apoiando Büllow na sua teoria sobre a autonomia do processo, Degenkolb, na Alemanha e Plósz, na Hungria, criavam as bases da chamada teoria da ação como direito abstrato, considerando que para acionar basta a argüição de um interesse, decorrente da própria personalidade do sujeito, protegido em abstrato, invocando o Estado a exercer sua atividade jurisdicional e a proferir uma sentença que acolha ou negue o direito invocado.

Um dos propulsores dessa teoria foi Alfredo Rocco que, aceitando-a em sua essência e dando-lhe fundamentação adequada, com a vedação da justiça pelas mãos próprias, exceto em hipóteses excepcionais previstas em lei, a provocação da intervenção do Estado, que reservou para si a função jurisdicional, é direito de todos, inerente à personalidade, que almejam a obtenção de um provimento, independentemente do seu teor.

Na década de 1940, o jurista italiano Enrico Tullio Liebman iniciou o desenvolvimento da chamada teoria eclética, adotada pelo atual Código de Processo Civil brasileiro, segundo a qual a ação, assim como para a teoria abstrata, independe de um direito subjetivo material violado, mas difere desta por depender de determinadas condições processuais como requisitos de existência do direito de agir.

Apesar de, por alguns combatidas<sup>73</sup>, as condições da ação<sup>74</sup> integram o ordenamento jurídico pátrio e se uma delas estiver ausente, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC).

Para Liebman, lide e mérito são expressões sinônimas, referem-se à decisão do pedido e todas as questões por ele não abrangidas constituem questões prévias, que se presentes, leva ao julgamento do pedido, e se ausentes, o processo termina, sem decisão do conflito.<sup>75</sup>

São questões prévias: a) os pressupostos processuais (requisitos de existência e validade da relação processual), ou, como preleciona o processualista italiano, “são circunstâncias subjetivas e

---

<sup>73</sup> Fábio Luiz Gomes considera as condições da ação questões pertinentes ao mérito (*Teoria Geral do Processo Civil* em parceria com Ovídio A. Baptista da Silva. Ed. RT, 1997, p. 125-129).

<sup>74</sup> Cândido Rangel Dinamarco prefere falar em *elementos constitutivos da demanda*, ao invés de *condições da ação*, isto porque, como leciona, ação é um poder, ou direito, enquanto demanda é um ato. Por isso, não é correto dizer que se propõe uma ação, mas uma demanda. *Instituições de Direito Processual Civil*. Ob. e vol. cit., p. 298.

<sup>75</sup> *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Bestbook, 2001, p. 103-104.

objetivas que constituem os requisitos para que o processo, tal como foi proposto, se apresente adequado e apropriado à lide e, portanto, a inviolabilidade processual”.<sup>76</sup> Assim, são pressupostos processuais os requisitos necessários para constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC); b) as condições da ação como requisitos necessários para a existência do que legitimam o exercício da demanda.

O juiz, primeiramente, terá de analisar a coexistência dos pressupostos processuais e as condições da ação. Verificando irregularidades ou inexistência dos pressupostos, ou inexistência dos requisitos que legitimam o exercício da demanda e sendo esses vícios insanáveis, proferirá sentença terminativa, por não haver se instaurado processo, ou, se instaurado, não é válido, ou, se instaurado validamente, são inexistentes os requisitos para o seu exercício, caso em que declarará o autor carecedor de ação. Nesses casos, não se nega a existência do direito material alegado, pois o mérito não é decidido. Só depois de ultrapassados esses requisitos, entendendo regular o processo, existente a relação processual e coexistente as condições da ação, é que passará ao exame do mérito, ou matéria de fundo, do qual resultou no conflito, para julgar procedente ou improcedente a pretensão resistida, ou insatisfeita.

Em conclusão: A provocação da atividade jurisdicional assegurada pela Constituição Federal é um poder, um direito ou mera faculdade que está fora do processo, cujo objeto deste é a pretensão. Assim, ação é o poder de fazer valer uma pretensão, promovida por meio de uma demanda, o veículo adequado para dar início ao processo.

---

<sup>76</sup> Idem, p. 104.

A pretensão encontra-se contida na demanda, cuja função é a de abertura do processo. É oportuno lembrar que na demanda pode conter mais de uma pretensão, como acontece nos casos de cumulação de pedidos.

O objeto da pretensão é o efeito jurídico que se persegue. No *imediato* é a providência jurisdicional que se reclama: sentença condenatória, sentença declaratória, sentença constitutiva etc. No *mediato* é a utilidade que se quer alcançar com a sentença. É o bem da vida que se pretende garantir ou obter com a sentença: o imóvel X, a quantia em dinheiro, a prestação de um serviço etc.

## **2.8 Processo.**

Já foi visto anteriormente que um conflito de interesses, quando não composto amigavelmente, ou por qualquer meio legítimo, cabe ao órgão jurisdicional solucioná-lo.

A apresentação é feita através da propositura da demanda (conteúdo substancial da ação), cujo instrumento formal é a petição inicial dirigida ao juiz, onde seu autor formula um pedido, deduzindo sua pretensão e requerendo a citação do réu para que seja instaurada a relação processual e estabilizado o processo.<sup>77</sup>

É a demanda quem dá impulso à atividade jurisdicional e, conseqüentemente, causa à instauração do processo. Com a propositura da demanda já há processo<sup>78</sup>, mas a relação processual só se completa com a citação do réu. Sem a citação do réu a relação

---

<sup>77</sup> Etimologicamente, processo, combinando os vocábulos latinos *pro* e *cedere*, significa caminhar para frente, avançar para um objetivo.

<sup>78</sup> Tanto que há processo com a propositura da demanda e exercício da jurisdição que o juiz pode indeferir a inicial por meio de sentença (art. 296 do CPC), sendo esta apelável (art. 162, § 1º, do CPC).

processual constitui-se entre o autor e o juiz, não se estendendo ao réu, que ainda não teve ciência da demanda.

Processo é, como método de trabalho, uma série ou conjunto de atos interligados e coordenados pela lei, através do qual se exercita a jurisdição, e nele se contém uma relação jurídica de natureza complexa, da qual originam-se direitos e obrigações, ônus e faculdades distintas.

Este estudo limita-se ao conceito de processo judicial (desconsiderando-se os processos de outras atividades, como administrativos, legislativos, de arbitragem etc), tendo-o como único instrumento onde a jurisdição movimenta-se, consistente em diversos e sucessivos atos e posições jurídicas reguladas pela lei processual, constituindo uma relação jurídica de natureza processual entre as partes e o juiz que, numa concepção moderna e teleológica, vem galgando espaço para uma prestação jurisdicional verdadeiramente efetiva, desprezando o arraigado processo formal, exacerbado de dogmas, sem, no entanto, deixar de dar a devida importância à técnica jurídico-processual.

É a relação jurídica processual que explica a unidade do processo na sua estrutura, porquanto os diversos e complexos atos praticados e desenvolvidos estão unidos entre si pelo fim comum a que se destinam, que é o processo. Dessa relação se deduz a pluralidade de sujeitos – o juiz, como órgão de representação do Estado, o autor, o réu e os terceiros intervenientes – e se desenvolve através de uma série de atos que se sucedem cronologicamente até a sentença.

Goldschmidt pretende seja o processo uma situação jurídica. Na sua tese, o processo impõe uma condição dinâmica ao

direito que até a sentença há somente expectativa de que esse direito seja reconhecido.

Nessa ótica, encontram-se as partes ligadas entre si, inexistindo relação entre elas e o juiz, não configurando isso uma relação, mas uma situação, ou estado de uma pessoa perante a decisão judicial.

Jaime Guasp<sup>79</sup>, com os aplausos de Eduardo J. Couture<sup>80</sup>, atribuiu-lhe a idéia de uma instituição, assim compreendida não somente o resultado de uma combinação de atos tendentes a um fim, como também um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum objetiva, à qual surgem ligadas, seja ou não aquela a sua finalidade específica, as diversas vontades individuais dos sujeitos, dos quais procede a referida atividade. A instituição se compõe, segundo o jurista espanhol, de dois elementos fundamentais: a idéia objetiva, situada fora da vontade dos sujeitos, e acima dela; e no conjunto das vontades, que se une àquela idéia, a fim de lograrem a sua realização.

Entendido desta forma, não é difícil aplicar o conceito de instituição ao processo: a idéia objetiva comum que nele aparece é a afirmação ou a negação da pretensão; as vontades ligadas a essa idéia são as dos diversos sujeitos que figuram no processo, entre os quais a idéia comum por sua vez cria uma série de vínculos de caráter jurídico também.

Para o criador dessa teoria, a idéia de instituição tem, sobre a de relação jurídica, a vantagem de abarcar a totalidade do objeto. Além da própria relação em si, aquela idéia abrange o conjunto de relações jurídicas que nascem por força do processo, definindo-o

---

<sup>79</sup> *Concepto y metodo de derecho procesal*. Editorial Civitas, S.A., 1977, p. 29.

<sup>80</sup> *Fundamentos*. Ob. cit., p. 101.

como “uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição”.<sup>81</sup>

Tendo um dos maiores defensores dessa tese em obra mais recente a abandonado,<sup>82</sup> o interesse por ela permanece simplesmente como valor histórico. Couture justifica os equívocos dessa doutrina, observando a multiplicidade de acepções que o vocábulo *instituição* proporciona e conclui que a sua utilização só pode ser a comum e genérica, que não exclui a concepção do processo como relação jurídica.<sup>83</sup>

Outras teorias surgiram, tais como, a que tenta explicar o processo como uma *categoria jurídica autônoma*, isto é, um instituto jurídico *per se*, diverso de todos os demais componentes da ciência jurídica; ou como um *procedimento em contraditório*; ou como uma *entidade complexa*, no entanto, a doutrina dominante é a que foi criada em 1868 por Oscar von Büllow, atribuindo o nome de *relação jurídica processual* a esse vínculo profundo entre pessoas (partes e juiz), e que se constitui estruturalmente em uma ordem dialética, de caráter público, que forma o processo.

Büllow desenvolveu a teoria dando ao processo caráter de ciência, com princípios e dogmas próprios, fazendo distinção entre o seu conteúdo, que é a relação jurídica material litigiosa ou a *res in iudicium deducta*, do seu continente, que é a relação jurídica processual (*iudicium*), de caráter instrumental. Há, então, no processo, relações que não se identificam. Esta (relação jurídica processual), de direito público, de formação sucessiva, vinculando demandante,

---

<sup>81</sup> Couture. *Fundamentos*. Ob. cit., p. 103.

<sup>82</sup> Eduardo J. Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Depalma, 1988, p.141-145.

<sup>83</sup> Idem, p. 145.

demandado e o juiz; aquela (relação de conteúdo), de direito privado, apresenta-se totalmente concluída, tendo como elementos identificadores da ação a causa de pedir e o pedido.

Essa relação processual é: a) *autônoma*, por independer da existência do direito material alegado; b) *complexa*, por emanar múltiplas relações entre as partes e o juiz, compreendendo direitos, obrigações, ônus e sujeições distintas, que se sucedem cronologicamente; c) *dinâmica*, desenvolvendo-se progressivamente, em atos sucessivos, não simultâneos, à medida que o processo avança normalmente até a sentença, ou anormalmente, por nulidade ou desistência; d) *unitária*, porque a série ordenada de atos processuais praticados tende a um fim, que é a provisão jurisdicional; e) *de direito público*, pois as normas que o disciplinam são de direito público e é isso que lhe dá distinção dos demais processos (administrativos, legislativos etc), exatamente por ser instrumento da jurisdição, estabelecendo essa relação entre as partes e o Estado-juiz, função eminentemente pública, exercida com poder e em posição equidistante das partes.

### **2.8.1 Processo e procedimento.**

O conceito de processo é teleológico, preso que está a um fim a que se destina, que é o exercício da jurisdição. É uma *entidade complexa*, integrada por dois elementos associados – *procedimento e relação jurídica processual*<sup>84</sup>.

Os atos que constituem o processo sucedem-se de maneira regular e segundo a forma que a lei determina, para serem praticados e se coordenarem. A essa sucessão coordenada dos atos do processo, a

---

<sup>84</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições*. Ob. cit., p. 26, v. II.



forma de cada um e o respectivo encadeamento com os outros atos, dá-se o nome de *procedimento*<sup>85</sup>.

Etimologicamente, procedimento é a maneira de movimentar; a forma pela qual é movimentado o ato. O sufixo nominal *mentum* deriva do grego *menos*, que significa princípio de movimento, vida, força vital<sup>86</sup>. Nesse sentido, procedimento é o processo em sua dinâmica ou a forma do processo; em seu conjunto é um impulso dentro do processo.

## **2.9 Conclusões do capítulo.**

Do que ficou exposto, nota-se o traço de união entre os três institutos, ou mais precisamente, a *jurisdição*, como órgão de atividade estatal; a *ação*, como uma posição jurídica inerente a própria personalidade do sujeito, abrigo em si o poder ou o direito de provocar o exercício da função jurisdicional; e o *processo*, a ferramenta de que se vale o Estado para pôr em movimento sua função jurisdicional, instaurado por atividade da parte ativa com a propositura da demanda, com seus atos interligados e coordenados, realizando situações jurídicas ativas e passivas, em contraditório. O processo é o resultado da soma do procedimento, do contraditório e da relação jurídica, e espera-se que ele proporcione, tanto quanto possível, o mesmo resultado que teria sido obtido com o adimplemento voluntário da obrigação. Nos casos em que a atuação do órgão judiciário é necessária, anseia-se o mesmo resultado como se a lei não tivesse sido descumprida.

---

<sup>85</sup> José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil*. Bookseller, 1997, p. 35, v.I.

<sup>86</sup> Eduardo J. Couture. *Fundamentos*. Ob. cit., p. 117.

Daí dizer que a idéia de processo é essencialmente teleológica, por apontar uma meta de chegada. Variando no tempo e no espaço, sua estrutura é de ordem dialética, com a participação de juízes, auxiliares, testemunhas, peritos etc, e os protagonistas principais, que são as partes nele envolvidas, defendendo cada qual os seus interesses, o que permite, por confrontação dos opostos, chegar a verdade.

No processo, atua uma pretensão que o Estado garante acolhê-la, examiná-la e solucioná-la, com o propósito de manter a paz. Não uma simples paz, mas uma paz em conformidade com a justiça e com a sociedade.

Deixa-se consignado, ao final deste capítulo, a importância do caráter instrumental do processo, mas sem a pretensão de igualá-lo ao material. Compartilhando com o jurista argentino Juan M. Farina “dígase: a la verdad objetiva, a la realidad misma, a la sustância de las cosas. Si tal exceso se produce y se admite, lo procesal se desnaturaliza, pierde su naturaleza. Y cuando algo se desnaturaliza cabe decir que, jurídicamente deja de ser lo que debe ser. Y acá hay el salto axiológico al valor justicia. Lo justo no tolera descarte ni ocultamiento por ficciones procesales”.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> O citado jurista argentino inspirou-se em Bidar Campos. Ob. cit., p. 241.

## HUMANIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PARA DAR-LHE O SEU VERDADEIRO SENTIDO.

SUMÁRIO: 3.1 A justiça e o homem. 3.2 Os sentimentos humanos, o direito e os juízes. 3.3 O homem comum e a justiça. 3.4 O justo e o eficaz. 3.5 Um juízo ético e uma proposta de *lege ferenda* para análise e reflexão visando agilizar e desburocratizar a justiça. 3.6 Conclusões do capítulo.

### 3.1 A justiça e o homem.

Como exposto anteriormente, o homem normal tem por vocação não viver só; necessário que haja cooperação mútua. Aristóteles já dizia que o homem é por natureza um animal político, destinado a viver em sociedade, não só em vista da existência material, mas, sobretudo, em vista da vida feliz.<sup>88</sup> Ninguém é feliz sozinho; o homem solitário, que nada precisa por bastar-se a si próprio é um bruto ou um deus.<sup>89</sup>

Na comunidade o homem atinge a realização de sua natureza; no plano individual é livre para comportar-se como melhor lhe pareça; no plano coletivo seu agir situa-se na dialética, atuando sempre, num e n'outro plano, uma virtude moral – a justiça - centro de qualquer discussão ética.

Regrar a vida em sociedade constitui a finalidade do Direito, que é algo concreto, dirigido ao homem, e não a um alheamento do espírito, uma abstração. O Direito, pois, é criação do homem que a

---

<sup>88</sup> “Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma auxiliadora que lhe seja idônea.” (Gênesis 2:18).

<sup>89</sup> Tomás de Aquino afirma que o ser humano, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade. Por isso, os conflitos de interesses avolumam-se com maior complexidade, à medida que aumenta a população.

ordem legal reconhece e defende como títulos jurídicos que acompanham todo ser humano.

A lei é feita pelo homem e para o homem; logo, ele tem o dever de cumpri-la (justiça legal), pois esse dever é viver justamente e praticar todas as virtudes. Homem justo é o que obedece a lei, respeitando a igualdade; injusto é aquele que não se conforma com a lei e trata desigualmente os iguais. É uma disposição subjetiva que se forma com o esforço de cumprir seus deveres legais perante a sociedade.

O homem é um ser livre. Não simplesmente na racionalidade ou na imortalidade, mas na prerrogativa de se autocriticar livremente. Liberdade é um poder de ação. O homem “é o único ser que livremente pode ser mais do que já é por natureza. Não no sentido de que seja causa eficiente de si e que possa tirar a si mesmo do nada. Uma vez constituído na sua essencialidade básica de ser e existir, o homem continua inacabado, imperfeito, mas dispondo de larga margem de perfectibilidade e acabamento”.<sup>90</sup>

Essa liberdade faz do cidadão o responsável por suas ações que podem ser moralmente justas ou injustas quando praticadas voluntariamente, eis que as ações involuntárias não são justas nem injustas, são acidentais ou meras fatalidades. A subjetividade é que dá o caráter voluntário ou involuntário. Quando involuntariamente se mata uma pessoa, o ato é objetivamente injusto, mas não se está cometendo, subjetivamente, uma ação injusta,<sup>91</sup> ou imoral.

A natureza compele a todos os homens a se associarem. Por saberem discernir o bem do mal, o justo do injusto, e assim todos os

---

<sup>90</sup>Giovanni Pico della Mirandola. *A dignidade do homem*. Trad. de Luiz Feracine. Edições GRD, 1988, p.XXIV.

<sup>91</sup> Olinto A. Pegoraro. *Ética é justiça*. Ed. Vozes, 1995, p. 34.

sentimentos da mesma ordem, têm em mãos as armas que a natureza lhes dá: a prudência e a virtude. Sem virtude, é o homem o mais ímpio e o mais feroz de todos os animais.<sup>92</sup>

O legislador, responsável pela criação das normas de comportamento, deve sempre levar em consideração que o Direito é propriamente humano e assumir o compromisso com a verdade das coisas e com o progresso da justiça. A ordem jurídica é estabelecida não pelo arbítrio dos governantes, mas na necessidade de se administrar, baseada em critérios éticos independentes do poder pessoal ou coletivo, os problemas que afligem as pessoas.

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, inspirando-se em diversos autores, ensina que com as crescentes modificações sociais e políticas pelas quais passa o mundo atual, dentre outras a crescente massificação das relações jurídicas e o reconhecimento de que nessas relações nem sempre há paridade entre os sujeitos, o legislador é incapaz de acompanhar a evolução das instituições jurídicas, tal qual impõe a sociedade moderna. Preocupa-se, diz a mencionada Professora, “o legislador, por isso, em elaborar normas que explicitem os objetivos de um determinado sistema (ou microsistema) jurídico, não mais se limitando a regular condutas. Eros Roberto Grau denomina estas normas de normas-objetivo, que são ‘normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas outras normas, estas de conduta e de organização. Paralelamente à incrementação dessas normas-objetivo, constata-se também que a complexidade das relações jurídicas e a rapidez das modificações que tais relações experimentam impõe o

---

<sup>92</sup> J.J. Calmon de Passos diz que “O homem foi criado com a capacidade demoníaca de ser pior do que as feras, mas, também, com a capacidade extraordinária de ser maior do que os anjos”. (4º Congresso de Processo Civil e Direito Civil realizado em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, em março de 2005).

surgimento de normas jurídicas *ainda mais gerais*, que trazem em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), a fim de possibilitar ao órgão jurisdicional aplicar a norma jurídica em atenção às *particularidades de cada caso*, particularidades estas insuscetíveis de serem reguladas minudentemente pelo legislador. Se, como afirmou Chaïm Perelman, ‘o recurso a uma noção vaga ou confusa aumenta, por esse próprio fato, o poder de interpretação daquele que deve aplicá-la’, intensificasse, desse modo, o grau de participação do juiz na resolução dos litígios, porquanto este não mais se limita a simplesmente indicar a solução legal antecipadamente prevista no ordenamento jurídico para a solução de um problema. Assiste-se, assim, a um fenômeno que não pode ser desprezado, em boa dose decorrente da evolução da noção de Estado e de sua função desde o Estado liberal, passando pelo Estado social até chegar, hodiernamente, ao que se denomina Estado democrático, consistente num ‘salto de qualidade’ da atividade jurisdicional: se antes era essencialmente ressarcitória, o Poder Judiciário é chamado, cada vez mais, a certificar que as obrigações executadas judicialmente correspondam, sempre que possível, a exatamente aquilo que era devido”.<sup>93</sup>

Por sua vez, o juiz, ao proferir sua sentença, deve propugnar os valores humanos postos em jogo, prescindir de razões abstratas e vazias de lógica, elegendo caminhos verdadeiros que conduzam a humanização do direito.<sup>94</sup>

O menosprezo pelos valores humanos torna o direito sem sentido, por subestimar o sentido que se deve dar a vida dos homens.

---

<sup>93</sup> *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 72-73.

<sup>94</sup> Juan M. Farina. *Justicia ficción y realidad*. Abeledo-Perrot, 1997, p. 221-222 (tradução livre).

Não se admite um direito que se esquece da importância que a realização dos valores tem (ou deve ter) em toda vida humana.

Inspirando-se em Jesús Ballesteros e Bérqson, Juan M. Farina<sup>95</sup> lembra que a ordem jurídica é algo que só tem sentido quando se relaciona com o ser humano. É uma ordem vital e não uma ordem geométrica, inerte e automática.

Não basta ao juiz um profundo conhecimento teórico da lei e da jurisprudência. É certo que a formação pode contribuir, mas além da vocação, é essencial prudência, paciência, sensibilidade e bom senso<sup>96</sup> para reconhecer o que é justo a uma composição satisfatória do litígio e revesti-la de roupagem jurídica.<sup>97</sup>

Sendo impossível à lei prever toda a variedade de casos que surgem no dia-a-dia da vida do cidadão, as omissões devem ser corrigidas pelo aplicador, desempenhando, para tanto, uma função de complemento de virtude da justiça que é a equidade, ora flexibilizando, ora temperando a rigidez da norma, ora adaptando o fato ao seu conteúdo, sempre com o escopo de determinar o que é justo em cada situação particular. Vale lembrar a advertência de Aristóteles: “Chama-se julgamento a aplicação do que é justo.”<sup>98</sup>

Não se quer com isso dizer que o juiz não está vinculado à lei. Os objetivos dessa vinculação, que abrange também a doutrina e a jurisprudência, são inerentes ao Estado de Direito, com vistas a gerar

---

<sup>95</sup> Ob. e p. cites.

<sup>96</sup> Bom sendo é a aplicação da razão que o órgão judicante deve ter para julgar os casos particulares, buscando a justiça. É a chamada prudência objetiva, exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas, que deve ter o aplicador do direito, ou melhor, o poder competente para criar normas aplicando outras. (Maria Helena Diniz. *Dicionário Jurídico*. Ed. Saraiva, 1998, p. 429, v.I).

<sup>97</sup> “A independência do juiz também é um dos postulados das culturas jurídicas modernas.” Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 100.

<sup>98</sup> *A Política*. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Edipro, 1995, p.15.

uma jurisprudência iterativa e uniforme.<sup>99</sup> Como diz a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier: “Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de ‘engate lógico’ entre a lei e os fatos.”<sup>100</sup>

Obter-se-á uma justiça boa com bons juízes, ainda que não sejam boas as leis. As deficiências destas podem ser superadas com critério jurídico e com a capacidade intelectual dos juízes que as aplicam, mas as deficiências destes tornam negativas as vantagens de boas leis. No panorama jurídico atual, muito mais importante é a marcha acelerada dos processos que eruditos fundamentos contidos na sentença. Se os jurisdicionados puderem escolher entre justiça rápida e boa ou justiça lenta, mas culta, certamente escolherão a primeira.<sup>101</sup>

### **3.2 Os sentimentos humanos, o direito e os juízes.**

Na expressão de Juan M. Farina<sup>102</sup>, o juiz não pode deixar de reconhecer que muitos problemas de conteúdo pecuniário têm origem ou estão impregnados de grande emotividade, pois, geralmente, os sentimentos atuam como uma determinante. Do amor pode-se dizer tudo, e não se dizer nada. Tudo se dissolve no amor, tudo é solúvel para o amor. Resolve-se e dissolve-se toda a coisa numa espécie de resposta universal, a esperança de um convívio ideal,

---

<sup>99</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 100.

<sup>100</sup> Ob. e p. cit. A mencionada autora, citando Niklas Luhman, diz: “O Juiz permanece vinculado à lei – mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas.” (Ob. cit., p. 100-101).

<sup>101</sup> Devis Echandía. *Teoría general del proceso*. 2ª ed. Editorial Universidad, 1997, p.127.

<sup>102</sup> Ob. cit., p. 225-226.



a virtude de um mundo de relações amalgamadas. O ódio separa, o amor une.

Que merecimentos têm as promessas do ser amado, quando se descobre que elas não passaram de um engodo para obter vantagens econômicas? Certamente, a pessoa enganada sofrerá imensurável abalo sentimental.

Podem-se comprar roupas, automóveis, alimentos etc., mas não o amor e a amizade. Casa-se por dinheiro, mas esse matrimônio não é verdadeiro. O sexo está à venda, mas não conduz a uma relação sincera. Quem crê que o sexo está moralmente ligado ao amor e ao matrimônio, inclina-se a proibir a prostituição.

Dom Paulo Evaristo Arns abordando sobre a relação direito/justiça e conceituando caridade cristã diz que no amor baseia-se toda a justiça, toda a verdade e toda solidariedade. O conceito de amor é amplo a ponto de Jesus, respondendo a pergunta de um judeu sobre qual o maior dos mandamentos, respondeu: “Amarás a Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, com toda a tua força e, acima de tudo, ao teu próximo como a ti mesmo. Nisto consistem a lei e os profetas.”

Então, conclui o Arcebispo, “é o amor que engloba a justiça e não o contrário”.<sup>103</sup>

O amor é um sentimento; os sentimentos não podem ser qualificados como bens suscetíveis de apreciação pecuniária e, portanto, objeto de um contrato.

---

<sup>103</sup> *Uma nova ética para o juiz*. Coordenação de José Renato Nalini. Ed. RT, 1994, p. 174.

### 3.3 O homem comum e a justiça.

A dignidade do homem é considerada como valor supremo do ordenamento jurídico (art. 1º, III, da CF). Esta concepção conduz ao fundamento da ordem política, da paz e da justiça no mundo. A dignidade da pessoa humana deve atuar como freio frente ao exercício abusivo dos direitos.<sup>104</sup>

O homem comum ao defrontar-se com uma demanda (seja como autor ou como réu), se sujeita a um estado de submissão pelo temor do desconhecido e pelo sentimento de respeito ou reverência diante da autoridade. O órgão e o aparato judicial lhe são algo estranhos; a linguagem, incomum. Juízes, advogados, representantes do Ministério Público e funcionários são os que falam, escrevem ou digitam a realidade existencial. O que ali ficou escrito é o que vale; o que não ficou, não existe.

É difícil para o homem comum entender isso, pois como cidadão livre, participa da comunidade e das decisões relativas aos assuntos comuns do seu convívio. Tem vaga idéia do funcionamento do aparelho judicial, embora se considere protegido por algo ideal, que é o Direito.

O Direito é formado por normas, não por seres humanos e, portanto, independe de abusos e defeitos dos seres humanos. Quando esses valores não se realizam, não falha o Direito, mas os humanos que o aplicam.<sup>105</sup>

Anota Juan M. Farina<sup>106</sup>, inspirando-se em Cichello, que um Código não é um conjunto de frases, senão o Direito compilado e obrigado, assim, a produzir um resultado mágico: segurança, justiça,

---

<sup>104</sup> Juan M. Farina. Ob. cit., p.227.

<sup>105</sup> Ob.e p. cites.

<sup>106</sup> Idem, p. 230.

ordem, paz etc, e a criação e invocação desse ser místico chamado Direito, não produz, não gera, não causa, não garante nenhum dos ‘valores jurídicos’ necessários.

Pode-se, então, afirmar, que o resultado mágico esperado é produzido por quem o aplica. Sem perder de vista a realidade sócio-jurídica, nem se utilizando método mecânico, como nas ciências exatas, o mister é solucionar o problema dentro da diversificada contingência dos fatos humanos. Não uma solução qualquer, mas aquela preocupada com a finalidade da regra, a consecução da justiça.

O estetoscópio é, para o médico, seu principal instrumento de trabalho; para o advogado, como aplicador do Direito, é toda legislação, ai incluídos os Códigos e, principalmente, a lei máxima, auferindo deles a melhor potencialidade a favor de seu constituinte, tendo sempre como alvo a Justiça.

O papel do juiz é, hodiernamente, relevante. Deve exercer sua cidadania em plenitude, comportar-se de maneira ilibada, condizente com a dignidade do cargo que exerce para espelhar modelo de conduta, dedicado e assíduo ao trabalho, dar o máximo de si e não negligenciar na solução dos problemas. Intrometer-se com devoção nos fatos da causa para compreendê-los e atuar com determinação na produção da prova, para encontrar alternativa adequada à verdadeira solução do litígio, fundamentando, com segurança e suficiência, seus provimentos.

Da função não se pode embriagar, permitindo que a toga lhe confira prepotência e submeta os jurisdicionados, transformando-os em vassalos, o gabinete em seu trono e a Comarca em seu reino.

Não são raros os maus exemplos que se vêem por ai. Há juízes que baixam ordens de serviço violando regras processuais, como, por exemplo, exigir que os cônjuges, na separação consensual,

assinem a petição em sua presença, quando já reconhecidas por tabelião<sup>107</sup>; outros se recusam terminantemente em receber advogados em seu gabinete de trabalho<sup>108</sup>, esquecendo-se que, *ex vi legis*, juiz e advogado estão inseridos no mesmo plano hierárquico; há também aqueles que, por alguma dificuldade de relacionamento (juiz-advogado), o que é próprio da natureza humana, por qualquer motivo reputa comportamento atentatório ao exercício da jurisdição e impõe sanção pecuniária à parte, como meio indireto de atingir o advogado não abrangido pelo parágrafo único do art. 14 do CPC; e também aqueles que proíbem o acesso de pessoas com roupas esportivas, camisetas regatas ou de times de futebol e bermudas às dependências do fórum, porque entendem que esses trajes são incompatíveis com a dignidade do ambiente, esquecendo-se, porém, de que os excluídos da sociedade têm como única peça de roupa para vestir aquela camiseta regata e/ou aquela bermuda porque as ganhou de uma instituição de caridade no Natal, ou de um político em época de eleição.

O juiz é médico capaz de identificar, a partir dos sintomas, a enfermidade que aflige o paciente, e receitar o remédio apropriado para o completo restabelecimento do doente.

Nesse diapasão, o juiz não pode errar<sup>109</sup>; o seu erro produz injustiça, trás insegurança e indignação na comunidade, “prato cheio” para os veículos de comunicação. No entanto, não é por isso que deve exagerar no apego à perfeição; o erro razoável, qualquer ser humano

---

<sup>107</sup> Dispõe o § 4º, do art. 34, da Lei n. 6.515, de 26.12.77: “As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião.” Igualmente, o disposto no art. 1.120, § 2º, do CPC.

<sup>108</sup> A letra VIII, do inciso VI, do art. 7º, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 04.07.1994), dentre outros, estabelece que é direito do advogado “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada.” E pior: Há aqueles que, mesmo sem ler, dizem em tom de prepotência: vou indeferir sua petição, doutor!

<sup>109</sup> No exercício da jurisdição, o juiz não está imune a erros. Deve, no entanto, ter a coragem de assumi-los e corrigi-los.

não está imune de cometê-lo, mas deve ter a coragem de penitenciar-se e encontrar meios para corrigi-lo.

Deve fazer da humildade a sua referência e a revisão de seus equívocos não o tornará submisso e nem indicará insegurança ou fraqueza em suas posições. A postura de humildade, apenas engrandecerá a sua pessoa.

Propugnar, em todos os casos, por uma interpretação jurídica que conduza à conclusão mais justa do problema que lhe foi submetido para solucionar.<sup>110</sup> A sua formação jurídica, ética e filosófica lhe permitirá atuar com critério, prudência e equidade.

Decidir com equidade<sup>111</sup> sim. A sentença proferida com equidade predispõe conferir correta interpretação da norma jurídica, proporcionando um sentido moral à decisão e evita que se consagrem abusos em prejuízo de um ou de ambos os demandantes.<sup>112</sup> Muitas vezes invocam-se razões processuais para rechaçar o processo, quando possível sanar a deficiência<sup>113</sup>, pois isto é contrário ao mais elementar princípio de justiça.

O juiz não está para a lei como o prisioneiro para o cárcere. Na sua função jurisdicional, ao aplicar a norma jurídica ao caso

---

<sup>110</sup> Luís Recaséns Siches. *Tratado general de filosofia del derecho*. 9ª ed. México. Porrúa, 1986, p. 647 e 660.

<sup>111</sup> “A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedado se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução.” (RSTJ 83/168).

<sup>112</sup> Decisão por equidade significa abrandar o rigor excessivo da lei positiva. “A equidade não destrói a lei, pelo contrário, a completa. Por isso, Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, afirma que o equitativo é também justo e vale mais do que o justo em determinadas circunstâncias. É uma feliz retificação da justiça rigorosamente legal. A aplicação extremamente rigorosa de normas inflexíveis e invariáveis, não temperadas pela equidade, pode resultar em extrema injustiça.” (Marcus Cláudio Acquaviva. *Dicionário Jurídico Brasileiro*, apud Carlos Alberto M. S. M. Violante. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Copola Editora, 2000, p. 37). É grande o arbítrio judicial ao se decidir por equidade, mas o juiz estará sempre circunscrito ao respeito àqueles princípios que regem o sistema jurídico brasileiro, de onde irá extrair a norma a aplicar ao caso concreto. (Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civi*, p. 13, v. III. Na expressão de Gabriel de Rezende Filho, “o juiz será, então, como que intérprete da consciência do povo”. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Saraiva, 1963, p. 13, v. III.

<sup>113</sup> O indeferimento sumário destrói a esperança da parte e obstaculiza o acesso à via judicial, constituindo desprestígio para o Judiciário. (RSTJ 110/96).

concreto, deve observar os “fins sociais a que a lei se destina” (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil) e, conseqüentemente, dar forma à letra fria da lei, transformando-a numa obra de justiça, de sensibilidade, de sabedoria e de caridade. Diante da letra injusta da lei, prevalece a sabedoria, o bom senso e a verdade.<sup>114</sup>

Não se quer com isso dizer que o juiz tem liberdade de decidir subjetivamente. A fase de arbitrariedade já não mais existe. A obrigação de motivar a decisão, dando as razões em que seu espírito assentou o convencimento, não vai ao arbítrio, pois a liberdade que tem para formá-lo (o convencimento) será exercida com respeito e condições que a lei lhe impõe.<sup>115</sup>

Mas, terá o juiz de ser criativo, reconhecendo princípios universais e direitos fundamentais assim considerados pelo padrão mundial. Em outras palavras: o juiz deve decidir com base nos princípios constitucionais, sem ignorar parâmetros mundiais, respeitando o povo cidadão<sup>116</sup> e os direitos constitucionais.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Luiz Fux. *Juizados Especiais – um sonho de justiça*. RePro 90/151-158.

<sup>115</sup> Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Ed. Saraiva, 2000, p. 381, v.II.

<sup>116</sup> Na lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o conceito de cidadão, a exemplo da concepção dos mestres de Coimbra, é a pessoa humana no gozo pleno de seus direitos constitucionais e não única e exclusivamente ‘nacional no gozo de seus direitos políticos’. O cidadão brasileiro, portanto, possui igual dignidade social independentemente da sua inserção econômica, social, cultural e obviamente política. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, apud Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 91, nota de rodapé n. 159.

<sup>117</sup> “A idéia de que os vetores orientativos das valorações do juiz devem ser extraídos do *ethos* jurídico dominante na comunidade, cuja fonte de conhecimento, por excelência, são os princípios constitucionais, aparece de modo claro em Larenz: ‘A bússola das valorações do juiz (ou dos agentes da Administração) vê-a Zippelius ‘no *ethos* jurídico dominante na comunidade’ nas ‘concepções dominantes de justiça’. O *ethos* jurídico dominante’, não consiste numa soma de processos ao nível da consciência, mas no conteúdo de consciência de uma multiplicidade de indivíduos; é ‘espírito objectivo’, no sentido da teoria das camadas de Nicolai Hartmann. Fontes de conhecimento desse ‘*ethos* jurídico dominante’ são, antes do mais, *os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais*, outras normas jurídicas, e ainda ‘proposições jurídicas fundamentais da actividade jurisprudencial e da Administração, os usos do tráfego e as instituições da vida social; um ‘uso tradicional’. A normatividade do *ethos* jurídico dominante fundamenta a Zippelius em que, uma vez que exprime aconvicção da maioria, garante um ‘consenso ao máximo abrangente’.” (Apud Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 95-96.

Isso não acontece em países onde não são reconhecidos princípios e direitos fundamentais. Nesses países, o juiz não está autorizado a afastar o *ethos* dominante local para empregar princípios universais.

É, por exemplo, o que acontece em muitos países africanos, onde é prática comum a mutilação de órgãos genitais femininos. Outro exemplo, o caso das freiras acusadas de participação no genocídio em Ruanda entre abril e julho de 1994, matando mais de 5.000 refugiados. Foram julgadas e condenadas *na Bélgica*, tendo sido considerado o fato, por organizações internacionais de direitos humanos, como um grande passo para a justiça internacional.<sup>118</sup>

Não é sem razão a inquietude hodierna em busca de uma boa qualidade do provimento jurisdicional, sempre em homenagem à proclamação de uma justiça ideal, econômica e célere.<sup>119</sup> Essa preocupação levou os estudiosos a revisitar o dogma da coisa julgada, fenômeno até então intocável, capaz de criar uma outra realidade, a pretexto de perenizar sentenças injustas, absurdas e inconstitucionais.

A tendência é flexibilizar a *res judicata* em casos extremos, sem desvalorizá-la e nem causar danos à tranqüilidade social, como o ajuizamento de nova demanda investigatória da paternidade, quando a pretensão anterior foi julgada improcedente.

Não será fácil para o *homem da rua* compreender que a coisa julgada está privando o sujeito de ter um pai, quando pai é realmente o investigado, mas o juiz se convenceu do contrário. Uma vez recolhidas provas novas, ou havendo indícios de erro ou fraude

---

<sup>118</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 91-92.

<sup>119</sup> Embora parece que os povos contemporâneos estão abrindo mão do valor segurança, em troca de soluções que atendam mais de perto às efetivas necessidades a que devem responder. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 96.

naquelas produzidas no processo anterior, é possível a renovação da demanda investigatória para aquietação social até que sejam exauridos todos os meios de produção de prova, pondo fim a um estado de incerteza do *status familiae* do investigante, em respeito à dignidade da pessoa humana e a igualdade entre todas as categorias de filhos inseridas na Constituição Federal (§ 6º, inciso VII, do art. 227).

Os Tribunais vêm timidamente admitindo o ajuizamento de nova demanda investigatória da paternidade quando a anterior foi julgada improcedente por falta de provas e não foi realizado o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico).<sup>120</sup> Mas se há de convir que o exame hematológico pelo método do DNA não propicia absoluta certeza de vínculo genético entre os que submeteram seu sangue a análise, afastando a tecnologia atual desse meio de prova, a “aura de infalibilidade”, dando-lhe qualidade relativa, e não excluindo a possibilidade de erro e até mesmo de fraude.

A própria comunidade científica não atribui certeza absoluta ao exame, estando em evolução os estudos para que se possa afirmar ou negar a paternidade com exatidão, e um dos maiores problemas enfrentados pela ciência é a dificuldade de dados sobre a “população de referência”, ou seja, os fragmentos genéticos do filho, da mãe e do suposto pai, a serem analisados. É impossível estabelecer qual é a “população de referência” numa sociedade multiétnica.<sup>121</sup>

Além disso, diante do inexpressivo número de informações genéticas que caracteriza relativo grau de probabilidade, o exame é passível de: 1º) falhas técnicas das etapas do sofisticado procedimento; 2º) descuido e a troca do material submetido à perícia,

---

<sup>120</sup> Resp 226.436/PR – 4ª T. STJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

<sup>121</sup> Michele Taruffo. *Lê prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giuffrè. Ano L., n. 1, março de 1996, p. 226.



alterando os resultados do exame; 3º) alteração proposital do resultado do exame.

Não são raros os casos de desequilíbrio financeiro entre o suposto pai e a mãe do investigante. Esta, enfrentando dificuldades para sobreviver; aquele homem de abastadas posses pode não encontrar obstáculo para que o resultado da perícia seja adulterado.

Certo que os recursos científicos justificam a possibilidade de rediscutir a paternidade quando do ajuizamento da primeira demanda o exame pelo DNA ainda não era disponível, mas não se pode descartar essa mesma rediscussão quando aquele exame trazer indícios de fraude, falha ou erro. A rediscussão é possível em outras demandas investigatórias, com exame pelo DNA na demanda anterior ou não, até que haja razões que façam prevalecer ou restabelecer a verdade, pois, enquanto desfavorável aos interesses da filiação, não se pode barrar, sob o dogma da coisa julgada, o ajuizamento de nova demanda, vedando a alguém, o direito de ver reconhecida a sua filiação.<sup>122</sup>

O juiz não pode julgar alicerçado na perfeição da lei, ou de acordo com sua conveniência. A prudência rege as virtudes morais disciplinadoras das tendências desejáveis. “Estes sentimentos, por força da reta norma da sabedoria prática (*orthos logos*), são balizados num justo meio-termo (*mesotes*): ‘o justo meio das virtudes morais consiste em agir conforme a reta norma da sabedoria prática.’ Portanto, ‘o justo meio consiste em fazer o que se deve, quando se deve, nas devidas circunstâncias, em relação às pessoas, às quais se deve, para o fim devido e como é devido.’ Numa palavra, o justo

---

<sup>122</sup> Sobre o tema da flexibilização da coisa julgada, recomenda-se a leitura do livro “O dogma da coisa julgada” de autoria dos Professores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Editora Revista dos Tribunais, 2003 e “Nova era do Processo Civil”, do Professor Cândido Rangel Dinamarco. Malheiros Editores, 2003, p. 220 e segs.

meio é o dever. Por exemplo, a virtude da coragem modera o medo; ela é o justo meio-termo entre a covardia e a audácia: modera o medo para que sejamos firmes diante do obstáculo e não fuçamos covardemente; modera a audácia para que não enfrentemos o perigo atabalhoadamente. A justiça modera a paixão do lucro, levando-nos a honrar os contratos sem lesão ao próximo e sem danos pessoais.”<sup>123</sup>

Esse meio-termo está acima de toda consideração circunstancial e todo critério subjetivo, porque provém da natureza das coisas. O julgamento, pois, deve ser feito por um imperativo da consciência e por respeito à Constituição, que assegura julgamento público e decisões fundamentadas (art. 94, IX, da CF).

Sentença fundamentada é um dos atos de maior importância e enobecedor da função judicial, refletor das convicções do julgador e de sua personalidade profissional, além de constituir uma das garantias aos jurisdicionados. A fundamentação permite à sociedade em geral o exercício de um controle externo de acesso às explicações do juiz ao solucionar a questão neste ou naquele sentido. Sobreleva em importância, porque é por meio da fundamentação que o juiz demonstra na sentença, quais foram os elementos fáticos e jurídicos que o levaram à conclusão pela procedência ou não da pretensão.

A fundamentação apresenta-se como uma oposição ao arbítrio, garante o controle democrático difuso e admite as partes conhecer as razões que conduziram o juiz decidir daquela forma, além de demonstrar os erros, as contradições, a apreciação da prova, e as incoerências eventualmente existentes na sentença.

A sentença é uma unidade lógico-jurídica, dependente não só do convencimento no atinente à parte dispositiva, mas,

---

<sup>123</sup> Olinto A. Pegoraro. *Ética e justiça*. Ob. cit., p. 26-27.

principalmente que ostente uma substancial coincidência dos fundamentos que permitiram chegar a conclusão adotada.<sup>124</sup>

São suscetíveis de nulidade não só as sentenças infundadas; também aquelas que não contêm uma exposição suficiente e clara das razões e das circunstâncias da causa, ou é omissa quanto a uma análise suficiente das questões debatidas.

Sobre o tema, a Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>125</sup> refere existirem: “...*grosso modo*, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre a fundamentação e decisório.

*“Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque “fundamentação” deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, “fundamentação” que não tem relação com o decisório não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!”*

O problema da fundamentação alcança as decisões colegiadas. Quando dentre os três juízes, o revisor vota em sentido contrário ao relator, o segundo vogal deve explicitar porque optou em

---

<sup>124</sup> Michele Taruffo explica bem essa questão da motivação da sentença. Diz o citado autor que “junto al control *ex ante* que se asegura mediante la contradicción hay también una posibilidad de control *ex post* que puede ejercerse a través de la motivación de la sentencia. Es conocido, en realidad, que también la motivación es objeto de una garantía específica, algunas veces formulada por normas constitucionales, y que su principal función consiste en hacer posible un posterior control sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión. Es también habitualmente aceptada la tesis de que la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable. La motivación es, pues, una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo objetivo es, em todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión. Estos principios generales son válidos también en referencia a la valoración de las pruebas y al juicio sobre el hecho. No cabe duda, en realidad, de que también la motivación sobre los hechos es necesaria, como la motivación sobre el derecho aplicado, precisamente como garantía de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas”. *La prueba de los hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 435.

<sup>125</sup> *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. RT, 2004, p.335.

acompanhar esse ou aquele voto.<sup>126</sup> Não se pode admitir o jargão: “Voto com o relator.” Tem de dizer, motivadamente, o que lhe convenceu para acompanhar o relator.

Somente leis justas devem ser sancionadas, aplicando-as estritamente o juiz e negando aplicá-las por respeito à justiça, quando injustas. Leis que violam os princípios essenciais da ordem justa que o Estado deve manter são injustas e devem ser afastadas por uma magistratura sábia em respeito à Justiça.<sup>127</sup>

### 3.4 O justo e o eficaz.

Já ficou registrada neste trabalho a importância da função jurisdicional, da ação e do processo no seio da sociedade, trilogia que constitui a estrutura do Direito Processual. Há, no entanto, quem acrescente uma quarta base estrutural: a defesa.<sup>128</sup> Como a defesa constitui ato processual de resistência à demanda, cujo ônus está a cargo do sujeito passivo, a ausência dela não invalida o processo, podendo-se concluir que a defesa não integra, obrigatoriamente, a base estrutural do Direito Processual.

O sujeito tem o direito de obter a prestação da tutela jurisdicional do Estado e este tem a obrigação de prestá-la, como resposta judicial tempestiva, adequada e justa.<sup>129</sup> Sendo a jurisdição também um direito subjetivo público, incumbe ao Estado submeter a

---

<sup>126</sup> Não só o relator deve motivar o voto, mas, também, os demais membros que fizerem parte do julgamento, como forma de evitar o arbítrio.

<sup>127</sup> Juan M. Farina. Ob. cit., p. 209.

<sup>128</sup> Cândido R. Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. Ed. RT, 1986, p. 80-83.

<sup>129</sup> “Evidentemente, o que cada homem pensa ser justo influi em suas decisões jurídicas. Porém, não se pode reduzir o fenômeno das decisões jurídicas ao puro intuicionismo.” (Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1986, p. 182, *apud* Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 21, nota de rodapé n. 17).

ela os seus súditos para composição de suas controvérsias ou a declaração de seus direitos.

Para alcançar esse objetivo, o Estado reservou uma de suas funções, adequando o seu funcionamento, provendo normas positivas de direito processual para que seus propósitos sejam alcançados.

As normas positivas do direito material resultam ineficazes se não for possível sua adequada atuação nos casos particulares. Essa atuação é feita mediante um processo que só atua quando: a) há um órgão qualificado para conduzi-lo; b) haja normas processuais que lhe dão o caminho para essa condução.<sup>130</sup>

Esse processo oportuniza a prática da justiça, em conformidade com a razão, a lógica e a verdade.

O conceito de justo e injusto, de legal e ilegal, tem diversificado em cada época da história da humanidade. Permanece intangível o valor ideal de justiça. Deve-se a filosofia pitagórica a primeira, antes de qualquer outra, ainda que não exprimindo a verdade integral, mas pondo em relevo um aspecto fundamental, o conceito de justiça. Para essa escola, a justiça é, acima de tudo, a correspondência entre termos contrapostos, assimilando-se ao número quadrado, o igual multiplicado pelo igual, por devolver o mesmo pelo mesmo, ou com mais precisão, a justiça consiste na reciprocidade.<sup>131</sup>

Platão compreendeu-a como harmonia entre as diversas partes que compõe o todo. Aristóteles<sup>132</sup>, partindo da definição dos Pitagóricos, distingue várias espécies de igualdade, com o propósito de aperfeiçoá-la.

---

<sup>130</sup> Devis Echandia. *Teoría general del proceso*. 2ª ed. Editorial Universidad, 1997, p. 127.

<sup>131</sup> *A justiça*. Giorgio Del Vecchio. Trad. de Antônio Pinto de Carvalho. Ed. Saraiva, 1960, p.40-41.

<sup>132</sup> *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury. Ed. UnB, 1999, Livro V.

Na sua essência, esses elementos são preciosos, mas insuficientes para defini-la. A idéia de justiça encontra-se enraizada no íntimo do homem, no seu espírito, no seu ser.

Contrapondo ao que julgavam muitos autores antigos, os modernos não admitem que a noção de justiça seja resolvida na igualdade. Uma injustiça repetida igualmente em todos os casos possíveis não se torna, por isso, em justiça. Conceito tão vasto como o de harmonia, não consegue definir com perfeição a justiça como regra de vida no sentido ético.

Giorgio Del Vecchio<sup>133</sup> procurando enumerar os elementos lógicos da justiça, afirma que sua essência está na posição objetiva da subjetividade, resultando na coordenação intersubjetiva. Nessa formulação, diz o autor, aparecem como elementos característicos: a) a *alteridade* ou *bilateralidade*, “própria de toda determinação jurídica, isto é, a consideração simultânea de vários sujeitos, postos idealmente no mesmo plano e representados, por assim dizer, um em função do outro”; b) a *igualdade*, que ele atribui também como *paridade*, pressupõe entre os participantes de uma mesma relação; c) a *reciprocidade* que é uma afirmação e ao mesmo tempo uma limitação de quem fez a afirmação a outrem, “necessariamente afirmada no mesmo ato”; d) o *contracâmbio*, como elemento implícito na noção de justiça, o eu põe-se sob a espécie de alteridade, de forma que o eu e o outro se tornam entidades fungíveis em razão da essencial objetividade da relação que os liga; e) *remuneração* como corolário do princípio de justiça, constitui um meio de comunicação ou de interferência entre sujeito e sujeito.

Conclui, o citado autor, que *contracâmbio* e *remuneração* têm “a mesma raiz e o mesmo significado *transubjetivo*: pressupondo

---

<sup>133</sup> Idem, p.76-78.

um e outro igualmente um reconhecimento da pessoa, não só em sua entidade abstrata, como substância dotada de autonomia, mas através de seus comportamentos concretos, tais como podem ser apreciados e ponderados por outros. Esta forma de apreciação ou ponderação objetiva é precisamente imposta pela justiça, a qual culmina na exigência de que *todo sujeito seja reconhecido (pelos outros) por aquilo que vale, e de que a cada um seja atribuído (pelos outros) aquilo que lhe compete*".<sup>134</sup>

Estes elementos, ainda que imperfeitos, que segundo o autor foram por ele extraídos por dedução transcendental, representam os lineamentos básicos de toda possível exposição da justiça no sentido próprio.

Como regra de convivência nas relações intersubjetivas e num sentido específico, a igualdade, a harmonia, a ordem e a proporcionalidade são formas do justo. Considerando que esses elementos estabelecem uma relação entre sujeitos, um obrigando-se com o outro e cada qual reconhecendo a subjetividade alheia, um tendo a obrigação e o outro a faculdade de exigir, justiça é sinônimo de direito, onde o juiz tenta restabelecer a igualdade, a harmonia, a ordem e a proporcionalidade. Já num sentido transcendental, como acontece não com a ciência, mas com as disposições da alma, reina o imperativo do dever: “não faças a outrem o que não queres que façam a ti.”

O direito positivo não é o único direito, nem no fenômeno jurídico a justiça é absoluta. O ideal de justiça não está no direito positivo, onde o legislador se esquece de que o fim das leis é o bem comum, mas no direito natural, onde se encontram os eternos valores do espírito. A justiça ao tempo em que se repercute em todas as leis,

---

<sup>134</sup> Ob. e p. cits

não se esgota em nenhuma. “Só ela pode, nas horas solenes, impor como dever e sacrifício supremo infringir e ultrapassar a ordem jurídica positiva, quando esta esteja irreparavelmente corrompida, a fim de que mediante uma nova ordem prossiga e se aperfeiçoe aquele processo de verificação e de reivindicação da mesma justiça, que tem por teatro a história e por fonte indelével e inexaurível o espírito humano.”<sup>135</sup>

Como direito positivo, pode-se dizer que justiça eficaz é a verdadeira justiça, a justiça por excelência, na legalidade, e ineficaz a que se desvia da legalidade, fora da lei, ou iníqua. Os pensadores cristãos não consideravam lei se não fosse justa (*lex injusta non est lex*). Se for justa tem a qualidade de lei.

Aristóteles propunha que a justiça e a injustiça podem ser entendidas em muitos sentidos. Para ele, ação justa é um meio termo entre agir injustamente e ser tratado injustamente, pois no primeiro caso se tem demais e no segundo se tem muito pouco<sup>136</sup>. A semelhança entre elas é uma questão de grau, mas conclui que a justiça não pode ser considerada como uma parte da virtude; é a virtude inteira. Desde a perspectiva da eficácia da justiça não pode haver meia justiça, mas justiça inteira. Essa afirmação poderia criticar-se de utópica, já que não há justiça perfeita, como também não há lei perfeita. Assim, cada época decide o que é justo e o que é injusto, o que é legal e o que é ilegal, não obstante o valor permanente do ideal de justiça.

Nas diferentes escolas se têm mantido conceitos de justiça sobre argumentos filosóficos ou econômicos. Em época mais recente, a doutrina relaciona-a com outros valores para denominar “o direito

---

<sup>135</sup> Giorgio Del Vecchio. *A Justiça*. Ob. cit., p. 230.

<sup>136</sup> *Ética a Nicômacos*. Ob. cit., p. 101.



justo”. Outras teorias preferem estudá-la numa perspectiva analítica, histórica ou dialética. Assim já disseram que a justiça deve ser tratada através da teoria, mas também da prática.

Questiona-se a justiça como paradigma de uma reorganização da sociedade; às vezes surgem idéias utilitaristas como proclamava Hume: “a utilidade pública é a única origem da justiça”. Não são em vão os temas judiciais que se encontram diariamente nos meios de comunicação e aparecem em variadas publicações em forma de aspectos críticos – não acadêmicos – do funcionamento da justiça, que inquietam a sociedade.

Como se pode ver, são múltiplos os conceitos e bem variados, dependendo dos distintos ângulos em que cada um se posiciona. Sob a ótica da proteção estaciona-se ante sua organização; decidindo situar como justiciáveis a crítica seria subjetiva desde que a perspectiva seja da igualdade e da liberdade. Como impressão subjetiva da pessoa comumente empresta um sentimento de agressão às funções do Estado, incluindo os órgãos policiais e militares como se exercem a justiça. Enfim, a resposta pode ser plausível: a justiça é eficaz, desde que o sujeito se sinta respaldado pela eficácia da justiça. Se o seu problema não se resolve com eficácia tem a sensação de injustiça. Por esse ângulo, crê-se que a justiça se alcança através do Direito – que no dizer de Ihering “é uma idéia prática”- é possível chegar a ela através deste, não pelo simples fazer de sua aplicação senão pela disposição em decidir, dentro de uma perspectiva que seja conveniente aos interesses da sociedade, salvaguardando seus valores. Propugna-se a justiça como um valor em consonância com a liberdade, igualdade e pluralismo político, não podendo deixar de apontar que a justiça alcança seu zênite quando atua como valor de valores, e dizer, resulta eficaz para a salvaguarda da constituição de

um Estado Social e Democrático. Essa eficácia pode ser tanto preventiva como remediadora das atuações contrárias aos seus valores, não cumpridas por pessoas físicas, jurídicas ou entidades públicas.

Por outro ângulo, a justiça responde a um comportamento que pode ser interno e externo. O interno tem lugar quando se crê no próprio Direito, mas não no órgão judiciário. É um comportamento auto-regulador da justiça. O comportamento externo se situa nas decisões valorativas dos jurisdicionados, que têm na sua aplicação a justiça ideal. As indagações sobre o comportamento externo da justiça são desoladoras e quase sempre são suscitadas por conhecimentos marcados pela realidade.

Nem todas as decisões judiciais contêm a estampa de justas ou que estejam corretas, sem contar que, às vezes, por falta de estrutura, organização, escassez de meios ou por múltiplas circunstâncias, a justiça é lenta, vacilante, distante do jurisdicionado e anacrônica. Mas, enfim, é a justiça humana. Sua eficácia ou ineficácia depende do comportamento do homem, tanto na criação das normas como na sua aplicação.

Concluindo, arrisca-se a dizer, sem pretensões dogmáticas e filosóficas, que o exercício da justiça pode dar respostas eficazes ou ineficazes. Decisão justa é decisão eficaz. É eficaz quando se trata de verdadeira justiça. Não é eficaz quando escorre por despenhadeiros suspeitos.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Isidoro Alvarez Sacristán. *La Justicia y su eficacia*. Madrid: Editorial Colex, 1999, p.15-17.

### **3.5 Um juízo crítico e uma proposta *de lege ferenda* para análise e reflexão visando agilizar e desburocratizar a justiça.**

Nos últimos tempos, a imagem da administração da justiça tem experimentado fortes críticas, chegando-se à conclusão da existência de um verdadeiro colapso do seu funcionamento.

As principais críticas referem-se à endêmica demora na prestação jurisdicional, quanto ao excesso de recursos e à morosidade na execução das decisões judiciais.

Os Tribunais encontram-se abarrotados de recursos e o número vem aumentando a cada ano. A título de exemplo, no ano de 2003 foram distribuídos no Superior Tribunal de Justiça 227.252 apelações contra 153.119 no ano anterior<sup>138</sup> e no Supremo Tribunal Federal chegam às mãos dos magistrados daquele Corte, quase 7.000 processos por mês, embora mais de 80% deles tratam de casos repetidos, já julgados antes.<sup>139</sup>

A quantidade de recursos e a quantidade de recursos que podem ser interpostos num mesmo processo são apontadas por especialistas como uma das causas principais da morosidade do Judiciário.

Preocupado com esse aumento e a demora para julgar, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Maurício Corrêa fixou, através da Resolução n. 278/03, aprovada em sessão administrativa daquele Tribunal realizada no dia 11 de dezembro de 2003 e publicada no Diário da Justiça no dia 18 do mesmo mês e ano, prazo para os Ministros daquela Corte votarem os pedidos de vista. Com essa determinação, os julgadores terão de devolver os processos

---

<sup>138</sup> *Jornal de Brasília*, 25.01.2004, p. 12.

<sup>139</sup> *Revista Veja*. Edição 1861, ano 37, n.27, de 07.07.2004, p.87,

à Turma num prazo de dez dias, acrescido de outros vinte, se necessário, para estudar o processo e concluir a decisão.

Há quem defenda a redução da quantidade de recursos, porque os advogados os usam-nos para ganhar tempo, ou tirar partido dele o próprio Estado como artifício para protelar a decisão e diferir para futuro distante o cumprimento de sua obrigação, colaborando com a ineficácia da administração da Justiça quando, ao contrário, deveria ter interesse em fazê-lo, pois é seu dever tutelar toda e qualquer situação que chega ao seu conhecimento de forma adequada.

Como forma de inibição de recursos protelatórios, a Lei n. 10.358, de 27.12.2001, criou mecanismo de intimidação psicológica, ou de coerção indireta, estabelecendo multa quando ficar evidente a artimanha para adiar o julgamento.<sup>140</sup>

A redução da quantidade de recursos deve ser vista com reserva. De qual processo retirá-los? Há processos complexos, que devem ser estudados com cautela e quantas e quantas decisões não estão fundamentadas ou estão equivocadas, necessitando exame por um Tribunal superior, composto por maior número de magistrados e com mais experiência jurídica. O recurso é, objetivamente, uma garantia de que o litígio será analisado por um órgão colegiado,<sup>141</sup> de forma sucessiva, para alcançar firmeza maior no que foi decidido (confirma, reforma ou anula a decisão recorrida).

---

<sup>140</sup> O par.2º, do art. 518 do CPC, acrescentado pela Lei n. 11.276, de 07.02.2006, prevê a possibilidade do juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou STF.

<sup>141</sup> Na busca de dar celeridade aos julgamentos, as alterações introduzidas pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, concederam aos tribunais amplos poderes de intervenção no processo. O relator, por decisão monocrática pode, de plano, negar seguimento, prover ou improver recursos (§§ 3º e 4º do art. 544 e art. 557, do CPC), que estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou do STJ. Hoje, sem dúvida, o relator pode julgar sozinho um recurso em qualquer tribunal. Isso, infelizmente, vem ocorrendo de forma “arbitrária”, talvez no afoito de dar maior celeridade ao julgamento do recurso, tribunais vêm decidindo monocraticamente, de forma reiterada, mesmo que a decisão recorrida não esteja em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior.

Por outro lado, o recurso é útil para que a justiça acerque-se de critérios uniformizadores sobre a interpretação da norma jurídica. Esta é uma garantia tutelada sobre a discriminação em matéria jurídica, possibilitando evitar interpretações distintas. A dupla instância garante a análise do litígio por um órgão superior colegiado, evitando decisões divergentes sobre a mesma matéria discutida em processo anterior.

Decisão acertada tomou o E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que para evitar decisões conflitantes, alargou os efeitos subjetivos da coisa julgada, mesmo que contrariando frontalmente a primeira parte do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil.<sup>142</sup>

Num acidente automobilístico envolvendo uma Van e um ônibus, foram ajuizadas várias demandas pelos passageiros da perua contra a empresa proprietária do veículo. Numa dessas demandas, o Tribunal julgou-a improcedente, por entender que a culpa pelo evento foi exclusivamente do motorista da Van. Alargando os efeitos subjetivos da coisa julgada, o mesmo Tribunal extinguiu os demais processos sem julgamento do mérito por entender excepcionalíssima aquela situação e a coisa julgada refletiu na esfera jurídica dos protagonistas das demais demandas, tornando efetivamente inconsistente a pretensão que esboçaram, sob pena de o Poder Judiciário protagonizar um clima hostil de insegurança social, ao produzir decisões contraditórias.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Art. 472 do CPC: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido ditados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

<sup>143</sup> A ementa do acórdão foi assim redigida: “Se já foi definitivamente decidido, embora seja em diversa lide, que o acidente automobilístico ocorreu por culpa exclusiva do motorista da municipalidade, tal acidente produz um efeito reflexo, por se tratar de situação excepcionalíssima, sobre a esfera jurídica das vítimas, que ficam impedidas de rediscutir o mérito

É regra tradicional que a coisa julgada só opera entre as partes parciais do processo. No entanto, nas relações reguladas pelo Código de Processo Civil,<sup>144</sup> há situações em que a coisa julgada atinge terceiros, como ocorre na substituição processual, em que a parte formal no processo é substituta, mas o substituído é atingido pela imutabilidade da coisa julgada (art. 42, parágrafo 3º.), eis que não pode mais discutir o dispositivo da sentença transitada em julgado, o que não é o caso do exemplo retro.

Há, no entanto, que diferenciar entre a garantia de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), e acesso a recurso. Nem todos os casos são suscetíveis de revisão no segundo grau. O direito a recurso deve preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual.

Assunto que vem ganhando força com relação ao excesso de recursos é a chamada súmula vinculante, que determina que os juízes de primeira instância decidam de acordo com as instâncias superiores. De decisão que obedecer a esse critério, não cabe recurso.<sup>145</sup>

Outra corrente capitaneada pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), defende a súmula impeditiva de recurso. Essa súmula difere da vinculante, ao deixar os magistrados de

---

da pretensão deduzida em ação ajuizada contra a empresa.” (TJMS. Ap. Cv. n. 45.868-4/01. Rel. Des. Rêmolo Letteriello. RJTJMS 129/38-41).

<sup>144</sup> No sistema processual do Código de Defesa do Consumidor, nessa parte aplicável à ação civil pública, conforme seu art. 117, no que concerne à coisa julgada, estabeleceu-se modelo tripartite: 1) *difuso* (art. 81, I) - *erga omnes*, salvo hipótese de improcedência, por insuficiência de provas (art. 103, I); 2) *coletivo* (art. 81, II) - *ultra partes*, mas restrita ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas (art. 103, II); 3) *individual homogêneo* (art. 81, III) - *erga omnes*, apenas em sendo procedente o pedido (*in utilibus*), para beneficiar todas as vítimas ou sucessores (art. 103, III).

<sup>145</sup> A súmula vinculante obriga as instâncias inferiores a seguirem as decisões dos tribunais superiores. No escólio de Luiz Flávio Gomes, “toda interpretação dada por um tribunal a uma lei ordinária, por mais sábia que seja, jamais pode vincular os juízes das instâncias inferiores, que devem julgar com absoluta e total independência. A súmula vinculante viola a independência jurídica do juiz, isto é, sua independência interna (dentro da e frente à própria instituição a que pertence).” *A dimensão da magistratura no Estado de Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 202 e ss.

primeiro e segundo graus livres para decidirem, mas se a decisão estiver de acordo com as instâncias superiores não caberá recurso.<sup>146</sup>

Com a Emenda Constitucional n. 45, promulgada no dia 08.12.2004 e publicada no dia 31.12.2004, foi introduzida, no Brasil, a chamada súmula vinculante (art. 103-A).<sup>147</sup>

Pressupõe, para edição dessa súmula, segundo o texto constitucional, uma série de requisitos (legitimidade, quórum, matéria constitucional, decisões reiteradas, controvérsia atual, grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos) e só as súmulas do STF podem ter esse efeito vinculante.<sup>148</sup>

Caso a súmula não seja respeitada, cabe reclamação ao STF que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

---

<sup>146</sup> O Plenário do Senado Federal aprovou, em primeiro turno, em sessão realizada no dia 07.02.2006, o Projeto de Lei n. 13/2006, que regulamenta a edição de súmulas, com efeito vinculante. Essa súmula é um instrumento criado pela Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional n. 45, promulgada no dia 08.12.2004 publicada em 31.12.2004, que acrescentou o art. 103-A à CF), tem por objetivo evitar a insegurança jurídica e a multiplicação de processos sobre questões idênticas. A súmula obriga todo o Judiciário a seguir a interpretação do STF sobre normas às quais haja controvérsia.

<sup>147</sup> CF, art. 103-A – “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

<sup>148</sup> Nem todas as súmulas editas pelo STF têm efeito vinculante. Não terão, em princípio, as súmulas já editadas, nem aquelas que não forem confirmadas por dois terços dos integrantes do Supremo, bem como as que não tratarem de matéria constitucional. A respeito do tema, ver artigo de Gustavo Santana Nogueira, in *Reforma do Judiciário*. Obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*. Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 269-282.

Preocupam-se, ainda, com o objetivo de acelerar o trâmite dos processos, na mudança da legislação processual. Nas recentes alterações do Código de Processo Civil, algumas inovando o sistema outras até revolucionárias, sem que se olvide da necessidade do aprimoramento sempre presente da legislação em consequência das constantes mutações sociais, poucos efeitos na aceleração dos processos podem-se verificar.<sup>149</sup>

É o caso da tutela antecipada, que muitos insistem tratar-se de providência excepcional, só autorizada sua concessão após audiência da parte contrária, ou quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar.<sup>150</sup> Como se trata de providência apta a assumir contornos de definitividade, tanto que está limitada ao pedido inicial, uma vez concedida e cumprida, seu beneficiário passa a protelar o andamento da demanda, pois já obteve o bem da vida perseguido.

Nem sempre a demora do processo beneficia o réu. O autor que não tem razão certamente obterá lucro com uma tutela mal concedida.

Na ação monitória, que nasceu no nosso ordenamento jurídico com o objetivo de viabilizar, sem delongas, o acesso à via executiva, parece ter caído na vala trivial e angustiante do procedimento comum.

A injunção, parenta próxima do rito regente nos Juizados Especiais de Pequenas Causas, é indicada para litígios relativamente simples. Para atingir o seu escopo, o credor supõe, de antemão, a inexistência de oposição por parte do devedor. Ainda que este embargue o mandado, são eles inúteis ou infundados. Por isso, o

---

<sup>149</sup> João Batista Lopes. *Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: Como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa?* RePro 105/128-138.

<sup>150</sup> RT 735/359, 764/221 e 808/272.



documento escrito, no qual se fundamenta a pretensão, deve estar forrado de alto grau de probabilidade quanto a existência do crédito.

Esse é o objetivo do procedimento monitório, isto é, viabilizar o acesso à via executiva sem as delongas do procedimento ordinário. Se a pretensão é acelerar a realização do direito, livrando o credor da angustiante demora do procedimento comum, nada mais correto do que se partir da suposição de que os direitos que podem ser demonstrados através de prova escrita podem ser evidenciados em alto grau de probabilidade e não encontram resistência por parte do demandado. Nessa decorrência, justifica um procedimento que estimula o réu a não apresentar defesas procrastinatórias, abrindo, ao mesmo tempo, ensejo à execução de forma mais simples e rápida.<sup>151</sup>

Esse o pensamento de Chiovenda:<sup>152</sup> “Para que seja útil o instituto, faz-se mister contar-se com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias assim como esperar que seja exíguo o número de oposições em relação ao das ordens de pagamento expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples oposição, o processo monitório pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais.”

Infelizmente, não é isso que se pratica nos meios forenses hoje. Os Tribunais vêm admitindo prova escrita muitas vezes sem essas características de probabilidade, ensejando embargos fundados e transformando o procedimento de origem simplificado, em complicado procedimento ordinário.

---

<sup>151</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. Malheiros Editores, 1999, p.168.

<sup>152</sup> *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J.Guimarães Menegale. Ed. Saraiva, 1969, p. 259.

A título de exemplo, cita-se o caso dos contratos de abertura de crédito em conta corrente.

Inicialmente, a jurisprudência vacilante, ora entendia que o contrato de abertura de crédito em conta corrente assinado pelo devedor e por duas testemunhas, acompanhado de extrato da conta e demonstrativo do montante do débito era título executivo líquido, certo e exigível, apto a aparelhar processo executivo, a teor do art. 585, II, do CPC.<sup>153</sup> O entendimento dessa corrente baseava-se na idoneidade de um documento particular, feito por estabelecimento bancário a correntista, em conformidade com o estabelecido no citado artigo. Outras decisões, no entanto, retiravam desses contratos a executividade pela incerteza quanto à existência do montante à época dos saques efetuados. Considerando a bilateralidade do contrato formado à luz do art. 585, II, do CPC, incerto é o total devido em face da unilateralidade dos lançamentos. Os encargos, tais como juros remuneratórios e moratórios, correção monetária, comissão de permanência, multa etc, são lançados pelo credor quando entender cabíveis pelas cláusulas do contrato ou pela legislação pertinente e, ainda que determináveis por cálculos, devem submeter-se ao crivo do contraditório, de cuja evolução não participou aquele que é indicado como devedor.<sup>154</sup>

Das posições antagônicas, surgiu orientação da maioria dos componentes da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no

---

<sup>153</sup> “O contrato de abertura de crédito rotativo, quando acompanhado do respectivo extrato de movimentação de conta corrente, constitui título executivo extrajudicial. Precedentes do STF e do STJ.” (Resp 74.441-MG – 4ª T. STJ – j.05.03.1996. Rel. Min. Barros Monteiro. RT 730/195). A Súmula 11 do 1º TASP estabelecia: “O contrato de abertura de crédito, feito por estabelecimento bancário a correntista, assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato da conta corrente respectiva, é título executivo extrajudicial.”

<sup>154</sup> “O contrato de abertura de crédito em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta, não é título executivo extrajudicial, sendo inviável sua execução e impossível o título completar-se com extratos unilaterais, pois não é dado às instituições de crédito criar seus próprios títulos, o que é prerrogativa da Fazenda Pública.” (Ap. 196.099.337 – 4ª Câmara. Cív. do TACivRS – j. 22.08.1996. Rel. Juiz Henrique Osvaldo Poeta Roenick. RT 735/488).

juízo dos Ediv no Resp 115.462-RS, concluindo pela uniformização da jurisprudência de acordo com o entendimento preconizado pela 3ª T., negando a executividade desses contratos, ainda que estejam acompanhados de extratos, porquanto estes são documentos unilaterais, e as instituições financeiras não podem criar seus próprios títulos executivos.<sup>155</sup>

O entendimento atualmente está sumulado, *verbis*: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é título executivo.” (Súmula n. 233 do STJ).

Acolhida a orientação do E.STJ de que o contrato de abertura de crédito em conta corrente não serve para embasar processo executivo, passou-se, então, a aconselhar a ação monitória como a vertente adequada por consistir a prova escrita em documento da prática bancária, como o extrato, saque automático e adiantamento a depositante decorrente de cheque especial.

Essa orientação está expressa na Súmula 247 do STJ, *verbis*: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.”

Esse entendimento estendeu-se, tornando a ação monitória apropriada para os contratos de abertura de crédito duvidosos em sua caracterização<sup>156</sup>, para os contratos de cartão de crédito, “desde que o autor colacione ao contrato firmado tanto os extratos que comprovem

---

<sup>155</sup> “Mesmo subscrito pelo eventual devedor e assinado por duas testemunhas, o contrato de abertura de crédito não é título executivo extrajudicial, ainda que a execução seja instruída com extrato e que os lançamentos fiquem devidamente esclarecidos, com explicitação dos cálculos, dos índices e dos critérios adotados para a definição e a evolução do débito, pois esses são documentos unilaterais de cuja formação não participou o devedor.” (Resp 114.412-RS – 4ª T. do STJ – j. 11.02.1999. Rel. Min. César Asfor Rocha. RT 769/177-179).

<sup>156</sup> Cf. STJ-4ª Turma. REsp 146.511-MG. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.11.1998, deram provimento, v.u., DJU 12.04.1999, p. 158. No mesmo sentido: RSTJ 129/277, STJ-RTJE 176/190; STJ-3ª Turma. Resp 203.768-RS. Rel. Min. Menezes Direito, j. 16.12.1999, deram provimento, v.u. DJU 08.03.2000, p. 107; RT 788/263; JTJ 211/56, in Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed. Saraiva, 2005, p. 989, nota 9 ao art. 1.102a.

a realização de débitos pelo titular do cartão, como os demonstrativos dos encargos e critérios utilizados para o cálculo da evolução do débito”<sup>157</sup> e para todo e qualquer título de crédito não mais exigível por via executiva.

Com isso, o próprio Judiciário descaracterizou a essência da ação monitória ou injuntiva, indicada para pretensões cândidas e descomplicadas, propensa a desestimular a oposição, ou pelo menos que eventual resistência não frustrasse, nem torne o procedimento complicado, moroso e inútil.

Os extratos e demonstrativos que acompanham os contratos de abertura de crédito são, de regra, complexos, contendo siglas que só os funcionários da instituição compreendem, débitos de CPMF, juros compostos, correção monetária, taxa selic, revalidação de cadastro, seguro, muitas vezes contratado por ocasião de um empréstimo, o qual o correntista se obrigou em aderir porque condicionado a esse empréstimo, custos dos serviços, enfim, débitos de difícil identificação, facilitando a prática de abusos incompreensíveis para o homem médio, que só um perito em álgebra ou economia pode decifrá-los.

Esses documentos ou conjunto de documentos que constituem a chamada “prova escrita”, impossibilitam ao magistrado extrair, *prima facie*, “um juízo de probabilidade acerca da existência da obrigação e do seu respectivo valor ou objeto individualizado, assim como afirmado pelo autor”.<sup>158</sup>

Dando interpretação extensiva ao conceito de prova escrita, com a admissão de documentos que, ao contrário de supor, de

---

<sup>157</sup> Cf. STJ-3ª Turma. Resp 469.005-MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.06.2003, não conheceram, v.u., DJU 30.06.2003, p. 242.

<sup>158</sup> Sandro Gilbert Martins. *O contrato de abertura de crédito em conta corrente – cheque especial – como objeto do procedimento monitório*. RePro 100/247-256.

antemão, a inexistência de oposição ao crédito, surge a certeza dela, axiomática e consistente, a ação monitória perde a sua finalidade.

Os juizados especiais trouxeram agilidade graças aos critérios nos quais o processo deve orientar-se: oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. No entanto, o auxílio que trouxeram à jurisdição além de não resolver seus problemas, criaram outros, bastando ver que solucionado o litígio, em sua maioria de caráter condenatório, no mundo fático dificilmente se realiza pela insolvência do devedor, diante da inexistência de bens que garantam a execução ou quando existem estão acobertados pela impenhorabilidade, frustrando o credor, que na sua simplicidade, acredita que o juiz fará o devedor lhe pagar. Quando não consegue receber, acaba por desacreditar na justiça, cuja imagem fica a cada momento mais desprestigiada.

Além disso, avoluma-se acentuadamente o número de novos feitos nesses juizados<sup>159</sup> que já não consegue absorvê-los pela atual estrutura judiciária e não se vislumbra vontade política para vencer essa dificuldade, como a obtenção de recursos materiais e humanos suficientes para sua ampliação e desatramentamento do judiciário.

Nem mesmo as técnicas de desestímulo às impugnações judiciais, como na ação de despejo calcada em retomada para uso próprio, em que o locatário, desocupando o imóvel no prazo a que se comprometeu despede-se do bem e do processo isento de qualquer despesa processual (art. 61 da Lei n. 8.245, de 18.10.1991) e na ação monitória, quando o réu cumpre o mandado injuntivo (§ 1º, do art.

---

<sup>159</sup> Nos Juizados Especiais Cíveis do Estado de São Paulo, a distribuição anual de novos processos passou de 243.090 em 1999 para 908.025 em 2003, segundo informação do Dr. Ricardo Cunha Chimentí, juiz do 1º Colégio Recursal da Capital de São Paulo (Boletim Informativo Saraiva n. 2, out-nov de 2004, p. 22).

1.102c, do CPC), têm incentivado a agilização da efetivação desses comandos.

A arbitragem não conseguiu “decolar”, provavelmente pela desconfiança que o instrumento desperta na população que ainda acredita no órgão judiciário, ou pela falta de divulgação e incentivo, ou pelos custos com os honorários do árbitro, ou dos árbitros.<sup>160</sup>

Não se quer, e não custa repetir, que as constantes reformas e atualizações da lei processual são necessárias e, em grande parte, é a legislação a responsável pelos atrasos nos julgamentos. Porém, não é a única culpada na morosidade dos processos. Perduram outros pontos de estrangulamento mais importantes, que devem ser, antes de tudo, solucionados.

O Judiciário precisa modernizar-se social e igualitariamente, tornando-se administrativamente eficiente e politicamente democrático. A lentidão nos julgamentos provoca decisão pela própria violência, sobrepondo-se a lei do mais forte ao Estado de Direito. As mudanças e o próprio Judiciário, ainda que timidamente, têm contribuído para que elas aconteçam, são altamente positivas, mas não é com a criação de súmulas vinculantes ou impeditivas de recursos que será resolvido o problema. Também não são os recursos os grandes vilões atropeladores do bom andamento dos processos e a criação de princípio constitucional assegurando “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, certamente, não sairá do papel.<sup>161</sup> A Lei Orgânica da Magistratura

---

<sup>160</sup> Além da arbitragem, há outras formas alternativas de pacificação dos conflitos, tais como: a mediação, que se dá quando um terceiro atua entre as partes em conflito para obter uma solução conciliatória. Nesse ponto é que se difere da arbitragem porque nesta o árbitro, além de interagir com as partes, profere uma decisão impositiva, caso a conciliação não seja alcançada. Outras formas alternativas encontram-se na Lei dos Juizados Especiais Criminais; no § 6º, do art. 5º, da Lei n. 7.347, de 24.07.1985, (compromisso de ajustamento de conduta), e a remissão prevista nos arts. 148, II e 201, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990).

<sup>161</sup> Dispõe o art. 5º, LXXVIII, da CF, acrescentado pela EC n. 45, que entrou em vigor em 31.12.2004: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do

Nacional dispõe que são deveres do magistrado não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar (art. 35, II), o que faz, igualmente, o Código de Processo Civil (arts. 189, 323, 456 e 1.109) e dificilmente são cumpridos, sem acarretar conseqüências no processo, salvo o retardo no seu andamento. Nenhuma sanção prevê a lei para essa injustificada demora processual, a não ser administrativa. Mas como aplicá-la os Tribunais se eles próprios são os que mais descumprem esses prazos?

Cândido Rangel Dinamarco,<sup>162</sup> escrevendo sobre os destinatários dos deveres éticos do art. 14 do CPC, inclui os juízes no dever de comportarem-se conforme com a lealdade e a boa-fé, fiéis à verdade dos fatos, sem abusar de faculdades ou poderes etc.<sup>163</sup> Mas,

---

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Embora não seja matéria a ser desenvolvida neste estudo, cujos destinos são outros, deixa-se registrado, para reflexão, a difícil tarefa para se entender a expressão vaga *razoável duração do processo*. Doutrinando a respeito, Antonio de Pádua Notariano Júnior cita o “posicionamento jurisprudencial da Corte Européia dos Direitos do Homem”, que “fixa três critérios: a) complexidade do assunto; b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; c) da atuação do órgão jurisdicional”. Portanto, continua o articulista, “no que diz respeito à complexidade do assunto, estando o processo apto a receber julgamento com ou sem análise de seu mérito, necessário se faz verificar o grau de complexidade da questão a ser analisada, para daí se extrair se, por exemplo, o tempo utilizado pelo magistrado para proferir sentença foi excessivo ou não ... No que diz respeito ao comportamento das partes e de seus procuradores, em princípio, parece-nos que tal critério deve ser analisado em conjunto com o último, pois, se o comportamento das partes e/ou de seus procuradores fugir ao que se espera, buscando-se, assim, a procrastinação do andamento do feito, o sistema processual brasileiro coloca à disposição do magistrado uma série de instrumentos aptos a coibir tal desiderato (CPC, arts. 14, 18, 461, § 5º, 461, § 3º, 600, 601 etc). Já no que se refere ao último – atuação do órgão jurisdicional – temos que analisá-lo, baseando-se em duas premissas basilares: (i) a garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e (ii) o dever de o juiz velar pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, II).” *Reforma do Judiciário*. Obra coletiva. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*. Ob. cit., p. 59-62. Na mesma obra, sobre a razoável duração do processo, escreveu Gisele Santos Fernandes Góes, p. 261-268.

<sup>162</sup> *A reforma da reforma*. 5ª ed. Malheiros Editores, 2003, p. 58-59.

<sup>163</sup> No mesmo sentido, os Professores Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, doutrinam estarem incluídos na regra do art. 14 do CPC, “os magistrados que, por qualquer motivo, dificultem, por exemplo, o cumprimento de cartas de ordem ou precatórias, desde que sua conduta seja determinante para o ‘esvaziamento’ do resultado concreto do provimento judicial. A exigência de autenticação de documentos onde a lei não o faz, por exemplo, poderá caracterizar a criação de embaraço à efetivação dos provimentos a que faz menção o novo inciso V do art. 14 do CPC. A protelação da determinação de cumprimento de ordem deprecada que cause, por exemplo, a frustração no cumprimento de decisão antecipatória de tutela que tenha determinado o bloqueio de valores em conta corrente ou a anotação de ônus à margem de registro imobiliário é situação em que certamente poder-se-á atribuir ao magistrado deprecado a responsabilidade pela criação do embaraço. Da mesma forma, estará sujeito às sanções do parágrafo único do art. 14 o magistrado que resistir ao cumprimento de ordem exarada em mandado de segurança contra ato judicial. Se a

também aqui, exceto os deveres fundados na ética, na moral e na probidade, não há previsão concreta de sanção quando se descumpre os prazos processuais.

A súmula vinculante poderá atenuar a lentidão dos processos de competência da Justiça Federal, onde tramitam as causas judiciais (tributárias e previdenciárias) na sua maioria envolvendo a União, a quem não interessa rapidez nos julgamentos e o uso do recurso fará adiar o cumprimento da sentença. De regra, nessas causas, a questão de mérito é unicamente de direito e trata de matéria constitucional, como exige a Constituição. Havendo reiteradas decisões do STF sobre a matéria e amadurecido um determinado entendimento, a súmula pode ser aprovada e editada, aplicando-a o próprio STF, o STJ e os demais tribunais e juízes do país.<sup>164</sup>

Em demandas que versem questões idênticas, terão os juízes de aplicar a súmula, adotando o mesmo entendimento nela previsto.<sup>165</sup>

Mas a criação dessa súmula em nada, ou em quase nada, beneficiará as Justiças Estaduais que, na grande maioria dos pleitos julga questões de fato, dependendo a sorte das partes do que elas

---

conduta do relator for determinante para a inefetividade do provimento, caberá ao órgão colegiado a aplicação da lei e a fixação da multa”. (*Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 36). É certo que o parágrafo único, do art. 14, do CPC, determina a aplicação de multa em havendo violação ao disposto no inciso V do artigo. No entanto, custa crer que tribunal algum vá aplicar multa em magistrado, ou que o órgão colegiado faça isso diante da conduta do relator.

<sup>164</sup> Ficam vinculados à súmula todos os órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se o STJ, demais Tribunais Superiores, Tribunais Estaduais, Federais e juízes de primeiro grau de qualquer lugar do Brasil, bem como todos os órgãos que compõem a Administração Pública. Embora o art. 103-A da Constituição Federal dispor que a súmula “terá efeito vinculante em relação aos *demais* órgãos do Poder Judiciário”, ela vincula o próprio STF, não porque assim estaria ‘legitimando’ sua aplicação, mas também porque os objetivos buscados pela vinculação das súmulas só podem ser alcançados se seus próprios criadores a respeitarem. “A partir do momento em que o STF deixar de aplicar uma súmula do próprio tribunal, essa atitude poderia provocar a multiplicação de ações e recursos em que cada interessado argumentaria que, se nem o STF aplica a súmula, não há razão para tribunais e juízes inferiores a aplicarem também”. Gustavo Santana Nogueira. *Das súmulas vinculantes*. Reforma do Judiciário. Ob. cit., p. 276.

<sup>165</sup> “Nos exatos limites em vista dos quais a súmula foi editada.” (José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. *Repercussão geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004*. Reforma do Judiciário. Ob. cit., p. 378).



provem nos autos acerca dos fatos relevantes e estes dificilmente identificam-se, não havendo coincidência de causas, sendo diferentes as lides e os pedidos.

É preciso compreender que a burocracia e o formalismo da Justiça continuarão existindo se não reestruturar o Judiciário. É um problema estrutural, que somente uma profunda mudança na Organização Judiciária poderá atender aos reclamos da sociedade.<sup>166</sup>

Como toda construção inicia-se pela base, pelas fundações, aparece e obtém forma com o levantamento das paredes e se perfaz com o telhado, assim deve ser reestruturado o Judiciário, a começar pelo juiz de primeira instância. Dando cabo, com soluções justas à avalanche de litígios que são distribuídos diariamente, o número de recursos poderá diminuir.

Reforma-se o Código de Processo Civil com o intuito de simplificar os procedimentos; pensa-se em reduzir os prazos e os

---

<sup>166</sup> José Renato Nalini, com propriedade, estabelece padrões que cada juiz, no seu universo de trabalho, poderá estabelecer as metas a serem atingidas, tais como: a) priorizar o atendimento às partes; b) reduzir o prazo de duração dos processos; c) desavolumar os autos. Diz ele que “o atendimento é a chave de melhora. Muitas vezes, devidamente esclarecida, a parte se resignará a uma lentidão natural, persuadida do empenho pessoal do juiz e demais funcionários da Justiça, na mais pronta solução de seu processo. Muita da incompreensão resulta de posturas arrogantes, do despreparo dos funcionários, de sua má vontade ou falta de atenção. Devem ser estimuladas as alternativas de informação à distância. Por telefone ou fax. Evitando à parte o desconforto de se dirigir à unidade judicial apenas para tomar conhecimento do curso do processo (...) Em relação ao tempo do andamento do processo, diz o mencionado autor, os processos mais antigos em curso devem ser periodicamente apresentados ao juiz, para analisar a possibilidade de sua ultimação. Não pode o magistrado se esquecer da regra preciosa do impulso oficial. Se o processo não anda, a responsabilidade é do condutor do feito e não do autor ou de seu advogado. O sistema processual dispõe de instrumentos voltados a impedir a paralisação dos processos. Desavolumar os autos é também detalhe provido de importância. Quantas peças desnecessárias juntadas aleatoriamente aos autos, tornando difícil o seu manuseio, importando em perda de tempo do juiz e dos demais operadores. Há de se lembrar que o processo se exterioriza em papel, para cuja produção milhares de árvores são destruídas, sem o correspondente replantio, a gerar os riscos da modificação climática e, a longuíssimo prazo, da extinção da vida no planeta. É irracional converter-se o processo em repositório de folhas vazias, capas de precatórias, peças em duplicata. Desavolumar os autos não constituirá apenas economia de matéria e de tempo. Abreviará a própria solução do litígio. Quem é juiz já viveu a experiência de se defrontar com um processo de muitos volumes, a sugerir complexidade e a motivar repúdio dos menos obreiros. Quem se detiver a enfrentá-lo verificará que grande quantidade de suas folhas constitui demasia, podendo ser retiradas sem qualquer comprometimento para a exata apreensão da controvérsia e para a solução da demanda”. *Sobre o Poder Judiciário*. Reunião de alguns dos artigos escritos pelo Dr. José Renato Nalini e publicados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, 1996, p. 7-8.

recursos, introduz-se a súmula vinculante, moderniza-se os cartórios com tecnologia de ponta, mas esquece-se do juiz de primeiro grau.

De nada adianta desburocratizar a lei processual, informatizar os cartórios e os gabinetes dos juízes com modernos computadores, se a tarefa de cada magistrado continua a mesma. Em sua mesa chegam diariamente pacotes e mais pacotes de processos conclusos para despachos e sentenças, dentre eles petições iniciais em sua grande maioria com pedido de tutela, medidas cautelares, expedientes para assinar etc. Aceleraram-se o rito processual, mas encontra o obstáculo humano.

Não é incomum uma simples petição inicial permanecer dias, semanas, ou meses aguardando um simples cite-se. Não é o computador que irá resolver o problema; ele não profere sentença, apenas aceita que seja digitada e o texto aparece no monitor, facilitando sua correção. Quanto mais rápida for a produção do juiz, mais rápido é o retorno à sua mesa dos mesmos processos à espera de novos impulsos.

Não existe fórmula mágica, adverte Barbosa Moreira,<sup>167</sup> capaz de debelar a duração excessiva dos pleitos. As alterações processuais até então desenvolvidas ainda não revelaram sinal perceptível de efeitos práticos.

Se as modificações da lei não estão repercutindo como desejado e a cada dia o congestionamento de processos chega a números intoleráveis, necessário que se mude de estratégia em busca de outra solução.

Porque não tentar dotar o juiz de tempo suficiente para ler a petição inicial, estudar o processo com serenidade para, após, pensar e

---

<sup>167</sup> *O futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de Direito Processual*. 8ª série. Ed. Saraiva, 2004, p. 1-13.

repensar de forma neutra ideologicamente e dar solução definitiva às questões que as partes lhe apresentar, prestando uma jurisdição firme, sóbria e justa em tempo útil social e economicamente?

A falta de atenção que se costuma dar à petição inicial e aos pronunciamentos judiciais, geralmente atribuída ao acúmulo de serviço, pode ensejar à primeira, o prosseguimento dela com vícios, requerendo soluções futuras que poderão ainda mais retardar o andamento do processo e aos segundos, a diminuição da qualidade e o acerto.

Um dos problemas enfrentados pelo juiz de primeiro grau é o escasso tempo para estudar pausadamente o processo, reconstruindo e avaliando os fatos passados, diante do excessivo número que lhe são conclusos para proferir sentença de mérito. Não se resolvendo o litígio por transação das partes, ou na audiência de conciliação, um juiz que realiza, por exemplo, cinco audiências por dia, terá, ao final do mês, que prolatar cem sentenças, sem contar com o atendimento aos advogados, funcionários, despachos, decisões interlocutórias, sentenças terminativas etc., muitas vezes cumulando com direção do fórum e justiça eleitoral. Isso faz com que a pressa<sup>168</sup> em conceder a tutela pretendida e as sentenças mal fundamentadas, não fazem a justiça esperada pelas partes, desaguando mais um recurso no Tribunal.<sup>169</sup>

O que se vê, muitas vezes, é a criação de mais e mais varas, que não resolve o problema; somente acresce as despesas ao erário público, com instalações, móveis, contratação de funcionários etc.

---

<sup>168</sup> Ditado que atravessou eras, segundo o qual “o que é feito com tempo, o tempo respeita”. (Revista Veja n. 43, de 27.10.2004, p. 95).

<sup>169</sup> José Carlos Barbosa Moreira adverte que “...se todos os juízes se dispuserem a aplicar maior empenho em miudezas como ler com atenção os autos, ou respeitar escrupulosamente os prazos, ainda que os anos noventa se extingam sem mudanças espetaculares, já será diferente – e melhor – a Justiça ao limiar do novo século”. (RePro n. 71/198)

Considerando o ser humano, por natureza, extremamente multifacetado (ativo, dinâmico, relaciona-se consigo mesmo, com a natureza e com os outros indivíduos), o crescimento da população, como acontece no Brasil, só faz acrescentar a complexidade da vida social e, conseqüentemente, avolumam-se os conflitos de interesses. Como já foi dito anteriormente neste trabalho, as alterações das leis processuais, a simplificação dos procedimentos, o acréscimo de órgãos judicantes, a diminuição de prazos, a arbitragem etc, não vêm surtindo o efeito desejado. Some-se a isso, as ações coletivas com enorme contingente de pessoas e o número cada vez maior de demandas ajuizadas. Faz-se necessário uma reflexão profunda em busca de mudanças para obtenção de um processo civil de resultados. É necessário, ademais, conscientizarem-se as escolas formadoras de bacharéis em Direito, que o papel da advocacia não é somente o de litigar (demandar em juízo), senão o da prévia tentativa de solução da controvérsia extrajudicialmente, o que supõe não se poder mais se apoiar exclusivamente nos tribunais para solução dos litígios.

Propõe-se, em busca de outros caminhos, dividir as atribuições do juiz da seguinte maneira:

À frente de cada uma das varas cíveis terá um cartório e vários juízes, sem hierarquia entre eles, mas com atribuições diferentes e individuais. Suponha-se uma vara residual, com três juízes. Um deles, com competência limitada à fase postulatória; o outro, com competência instrutória e o terceiro com competência para proferir sentenças de mérito.

Essa divisão pode causar perplexidade exatamente porque os atos culminantes do processo que se concentram na audiência de instrução e julgamento, onde se produzem as provas orais, completam-se oralmente os exames periciais e realizam-se os

debatem (arts. 336, 344, 410, 452 e 454 do CPC), confrontam-se com o sistema esposado pelo Código de Processo Civil, com aplicação dos princípios da imediatidade, da concentração da causa e da identidade física do juiz.

O princípio da identidade física do juiz não é, como os demais, absoluto, tanto que concluída a audiência, por qualquer motivo o juiz for afastado, os autos passarão a seu sucessor, ou aquele que estiver em exercício, apontado pela Lei de Organização Judiciária. Outras hipóteses deflagram a relatividade do princípio: a) como nos casos em que na audiência não se colhe prova, isto é, realizada sem a prática de atos instrutórios; b) quando as provas se formam fora da audiência, como a prova colhida por meio de carta de ordem, precatória ou rogatória; c) nos casos de prova *ad perpetuam rei memoriam*, ou antecipada.

Ademais, em nome da tempestividade da tutela jurisdicional, o processo não pode mais permanecer plantado em dogmas. Apregoa Cândido Rangel Dinamarco<sup>170</sup> que “o exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirram-se formalismos que entravam a máquina e abrigam-se flancos para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras

---

<sup>170</sup> *Nova era do processo civil*. Malheiros Editores, 2003, p. 11-12.

técnicas sobre a competência. Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito”.

Mais adiante, o mesmo autor adverte: “É preciso, no entanto, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obcecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis.”<sup>171</sup>

A lição do mestre é clara. Despoja a predominância dos princípios em proveito da obtenção de um processo apto a produzir resultados justos. O comparativo é apropriado para não se endeusar o princípio da identidade física do juiz que, mesmo sem encerrar formalmente a instrução, na proposta sugerida, está vinculado ao processo e conseqüentemente deve proferir a sentença. Observa-se da redação atual do art. 132 do CPC que o ato de iniciar a audiência já não tem importância, pois o que vale para o fim instituído no dispositivo é o fechamento do ato processual. Se, por exemplo, a audiência iniciada por um juiz que colheu toda a prova testemunhal menos a oitiva de uma testemunha faltosa e quando da oitiva desta, que nada soube informar a respeito dos fatos, o encerramento da audiência for presidida por um juiz auxiliar ou substituto, porque o juiz titular entrou em gozo de férias, é aquele e não este quem deve

---

<sup>171</sup> Ob. cit., p. 13.

proferir a sentença. Que diferença faz, então, o juiz que presidiu a instrução desvincular-se do processo e outro sentenciar?

Reforça-se o que foi dito acima, pois a imediação não pode ser um fim em si mesmo. Confronta-se com a tese da rapidez e economia processual aqueles que defendem a inderrogabilidade do princípio. A experiência tem demonstrado que a prolação de uma sentença justa, correta, clara e sem omissão, não precisa obrigatoriamente ser construída pelo mesmo juiz que colheu a prova.

Basta lembrar quando toda a prova for colhida por carta precatória e na Justiça do Trabalho e na esfera penal sequer é lembrado o princípio.

Os Tribunais, motivados pelo assoberbado número de processos em trâmite em determinada vara, tomam medida saneadora com a realização de mutirões. Os juízes convocados para auxiliar nesses mutirões despacham, decidem e proferem sentenças de mérito em processos prontos há muito tempo para receberem sentenças, sem que as partes aleguem qualquer prejuízo. Aliás, já aguardavam ansiosos por uma decisão.

É pura utopia sustentar que o princípio da identidade física do juiz tem por objetivo preservar suas impressões pessoais decorrentes com a prova oral produzida, conferindo maior eficiência ao julgamento. Se assim fosse, o tribunal estaria impedido de dar provimento ao recurso, muitas vezes convencendo-se da prova oral em contrário às impressões do juiz que esteve no comando da produção dela.

Na produção da prova, o juiz que preside a instrução põe-se em contato imediato com as partes e com as testemunhas, colhendo seus depoimentos, e com o perito e assistentes técnicos, ouvindo suas

informações e esclarecimentos, não desrespeitando, essa proposta, esses dois princípios da *imediatez* e da *concentração da causa*.

Em deferência de eventual dificuldade que o juiz sentenciante possa ter para formar sua convicção, poderá mandar repetir as provas já produzidas (parágrafo único do art. 132 do CPC).

Nessa ótica, o juiz que comandar o processo durante a fase postulatória terá a incumbência de: a) receber ou não a petição inicial; b) mandar emendá-la ou completá-la, se assim entender necessário; c) indeferir a petição inicial; d) determinar as citações, inclusive dos litisconsortes necessários e dos facultativos, quando visualizar que a sentença for uniforme a todos os litisconsortes; e) decidir sobre as intervenções de terceiros, inclusive assistência simples e litisconsorcial; f) conceder ou não tutela antecipada e liminares; g) decretar a revelia; g) receber e processar defesa e as exceções; h) receber e processar reconvenção; h) declarar extinto o processo nas hipóteses previstas no art. 329 do CPC; i) mandar dar vista dos autos ao representante do Ministério Público quando esse funcionar como *custus legis*; j) dará curador especial em conformidade com o art. 9º do CPC.

O juiz instrutor, recebendo os autos, entendendo ter ocorrido qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, do CPC, declarará extinto o processo, ou conhecerá diretamente do pedido como preleciona o art. 330 do CPC, a despeito do juiz anterior não ter entendido assim. Caso contrário, comandará toda a instrução, incumbindo-lhe designar audiência preliminar, na forma do art. 331 e seus parágrafos, do CPC.

Importante que esse juiz instrutor, na audiência preliminar, proceda ao aconselhamento das partes sobre as conseqüências do litígio, alertando-as dos riscos da demanda e da defesa, sugerindo



conciliação que otimizam o relacionamento social. Nada compromete o juiz sugerir e até mesmo auxiliar diretamente, com o apoio dos advogados das partes, uma composição adequada. É preciso romper a barreira dos ritualismos e das formalidades na conciliação, como já é feito nos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Cabe-lhe, não obtendo a conciliação, fixar as questões controvertidas, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução, se necessário.

Compete-lhe ainda, nomear perito e traçar o roteiro do trabalho a ser efetuado pelo *expert*, indeferir quesitos impertinentes, fiscalizar os prazos concedidos para a prática dos atos processuais da parte, como a comprovação da distribuição da carta precatória no juízo deprecado, e o que concedeu ao perito para elaboração e apresentação do laudo, presidir a audiência, etc.

A prática forense mostra que encerrada a instrução e concluída a audiência, raramente o juiz de pronto efetua o julgamento, quando não incentiva às partes para que substituam seus debates orais por memoriais.

Com isso, não é incomum a sentença vir a lume meses ou anos depois de encerrada a audiência de instrução, sendo plenamente natural que, passado tanto tempo, e com tantas outras audiências realizadas durante esse intervalo, estejam ainda presentes no espírito do juiz as impressões pessoais que tirou da prova no dia em que presidiu aquele ato.

Dentre as razões da instituição do art.132, uma delas visa evitar que juízes não muito devotados à toga deixassem ao seu substituto, às vésperas de suas férias, processos prontos para sentença. A outra é o processo oral, como está na Exposição de Motivos, que

todos sabem frustrado, ainda que parcialmente e não solucionou os problemas da morosidade da Justiça.

Finda a instrução, remeterá os autos ao terceiro juiz, a quem incumbirá proferir a sentença. Esse juiz, recebendo o processo, tem competência para extingui-lo com ou sem julgamento do mérito, uma vez convencido incidir, e ainda que em contrário ao entendimento dos juizes anteriores, o disposto no art. 329 do CPC, bem como mandar repetir, total ou parcialmente, as provas, se perceber que as produzidas são insuficientes para seu convencimento.

De sua sentença, ou de qualquer dos juízes que o antecedeu, caberá apelação.

De todas as decisões interlocutórias proferidas pelos juízes precedentes, caberá agravo retido ou de instrumento, dispensando-se tanto a um como ao outro o preparo. O agravo retido terá procedimento conforme o disposto no art. 523, competindo ao terceiro juiz apreciá-lo por ocasião da sentença.

O agravo de instrumento será autuado por linha e remetido ao terceiro juiz, que decidirá. A petição obedecerá aos incisos I e II do art. 524 do CPC, sem necessidade de instruí-la com cópia de peças. Dessa decisão caberá agravo retido, para que o Tribunal dele conheça por ocasião do julgamento da apelação, se o agravante requerer. O Tribunal só apreciará agravo de instrumento das decisões proferidas pelo terceiro juiz e quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (inciso II, do art. 527 do CPC), cabendo ao relator negar-lhe seguimento liminarmente nos casos do art. 557, ou seja, quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do

respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Dessa forma, descongestiona os Tribunais com avalanches de agravos para solucionar.

Os pronunciamentos de pedidos em sentido estrito, tais como juntada de documentos, indicação e substituição de testemunha etc, competirá ao juiz que naquela fase do requerimento esteja dirigindo o processo.

Observa-se, desta sugestão, que a divisão de tarefas dará mais tempo e facilitará o trabalho dos juízes, cada qual com suas atribuições num mesmo processo, incumbindo a um deles a empreitada única de decidir tanto os agravos, como a pretensão deduzida. Um juiz diligente coordenará um processo organizado, expurgando os entulhos, saneando-o a cada passo dado, facilitando o trabalho seu e de seu sucessor.

Para conciliar os procedimentos com esta sugestão, é importante a divisão pormenorizada da função de cada juiz no processo, tocando ao primeiro toda a fase postulatória, ao segundo a instrutória e ao terceiro a decisória.<sup>172</sup> No procedimento sumário, por exemplo, o primeiro juiz, ao despachar a petição inicial, designará audiência de conciliação, a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias, advertindo-o de que deixando injustificadamente de comparecer, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar a prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. Comparecerão as partes pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir. O juiz,

---

<sup>172</sup> Melhor, ainda, se especializar varas para cuidar de determinadas demandas, como por exemplo, as questões relativas a acidente de veículos, família, ações coletivas etc, viabilizando a especialização dos juízes.

na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário e sempre quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade (art. 277, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º).

Não sendo obtida a conciliação, na mesma audiência o réu oferecerá resposta *sempre*<sup>173</sup> oral, no prazo de vinte minutos, acrescido de mais dez, caso requerido e o juiz entenda necessário, oferecendo documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico (art. 278). Para agilização, é importante que a defesa seja oral, sem tolerância para concessão de prazo para ofertá-la. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial (§ 1º do art. 278).

Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, I e II, o juiz remeterá os autos ao segundo juiz que designará audiência de instrução e julgamento. Findos a instrução e os debates orais, o juiz remeterá os autos ao juiz sentenciante, a quem cabe proferi-la no prazo de dez dias.

O processo de execução de títulos extrajudiciais ou de sentença correrá perante o primeiro juiz. Havendo embargos, o procedimento será igual ao acima exposto.

Já existe, em caráter experimental, funcionando em alguns Estados, órgão informal itinerantes, orientado pelos mesmos princípios dos Juizados Especiais (simplicidade, oralidade,

---

<sup>173</sup> Evita-se, desta forma, pedido de juntada de contestação escrita, muitas vezes demasiadamente extensa, contendo questões processuais e encharcada de documentos que só servem para impressionar, obrigando o juiz conceder prazo para que a parte contrária tenha tempo suficiente para examinar e se manifestar. Sendo oral, todos (juiz, partes e MP) estarão ouvindo os argumentos expendidos, facilitando a produção de réplica logo a seguir.

informalidade, concentração de atos, economia e celeridade). Ao ver do autor deste trabalho, esses órgãos, para realizar o escopo almejado, devem buscar, permanentemente, a conciliação.

É claro que o deslocamento do aparelho judiciário acarreta despesas, principalmente nos grandes e médios centros urbanos, sendo prestimoso que os governantes se sensibilizem para prover esses órgãos dos recursos necessários.

A operação dessa justiça itinerante ocorrerá em uma unidade móvel – ônibus ou trailer – equipada com a infra-estrutura de um cartório (equipamentos de informática, gerador de energia e mobiliário adequado), com funcionários, representante do Ministério Público, juiz, conciliadores e se possível, psicólogos e assistentes sociais, percorrendo bairros da periferia e centrais, com competência igual a dos Juizados e limitação pecuniária para litígios de até, por exemplo, vinte salários mínimos, e os de família, quando puderem ser solucionados consensualmente, sem intermediação de advogado.

Muitos problemas familiares podem ser resolvidos dentro da própria família e um trabalho técnico do terapeuta conscientizando o casal para deixar de lado as queixas passadas e organizar seu futuro pode restabelecer a harmonia do lar e evitar a ruína emocional e financeira.

Para alcançar resultados, permite-se o atendimento e recebimento de reclamação oral simples, de resolução imediata, apresentada diretamente ao juiz que indicará um dos conciliadores para solução do conflito, sob sua supervisão. A audiência é realizada no interior da unidade, citando-se o réu para que a ela compareça, se possível no mesmo dia.

Um dos objetivos desse órgão, é a solução imediata de acidentes de automóveis que acarretem danos de pequena monta, sem

vítimas, no lugar do fato e o atendimento de pequenos conflitos, na fonte, das comunidades carentes e onde existem problemas de acesso. Outro objetivo é levar esclarecimentos e orientações à população pobre e desassistida, de seus direitos e o modo de reivindicá-las.

Como seu escopo é a conciliação, os conflitos que dependam de instrução ou perícia serão encaminhados aos Juizados Especiais competentes ou à Justiça comum, conforme o caso, orientando-se as partes envolvidas. Sendo da competência dos Juizados, deve-se empreender esforços para que as partes já saiam intimadas da data da audiência.

Nessas comunidades, onde a maioria das pessoas é humilde, de poucos estudos, paupérrimas, os conflitos, muitos de somenos importância, surgem por um simples objeto que caiu no quintal do outro, uma bola atirada por uma criança, a presença da autoridade, num ambiente absolutamente informal, estimula o recuo e a conciliação e restaura o conagraçamento comunitário. Essas pessoas têm receio, por complexo, vergonha ou falta de informação, de adentrar no recinto do fórum e só o fazem quando estritamente necessário. A Justiça itinerante é uma ferramenta apropriada para aproximar essa gente humilde do Judiciário, proporcionando-lhes esclarecimentos e orientações de como civilizadamente obter seus direitos. Além disso, possibilita ao juiz colocar-se em sintonia com os anseios, sentimentos e aspirações do povo com seus ideais de justiça, ensejando-lhe uma maior reflexão nos seus julgamentos, tornando-os mais justos, humanos e com os valores que se avizinham daquela comunidade.

Não há se confundir Justiça itinerante com o juiz de paz previsto no art. 98, II, da Constituição Federal até hoje, diga-se, sem

regulamentação. As atribuições desse juiz são conciliatórias, constitucionalmente previstas e não têm caráter jurisdicional.

Dessas sugestões não se pode esquecer que nenhuma reforma, seja ela qual for, obterá êxito se as suas inovações não forem abraçadas pelos operadores do direito: juízes, advogados, promotores de justiça, defensores e funcionários.

O abandono dos hábitos e rotinas adquiridos, a compreensão da filosofia da reforma e o empenho conjunto para o sucesso do empreendimento são necessários nessa imperiosa tarefa.

### **3.6 Conclusões do capítulo.**

A principal preocupação que se quer enfatizar neste trabalho, exceção ao tema principal – princípio dispositivo – não é propriamente a agilização dos processos, embora isto também seja importante,<sup>174</sup> mas a produção de uma justiça voltada para as exigências do bem comum realizada num processo justo e que atenda aos fins sociais, oferecendo tutela jurisdicional a quem tiver razão.

O juiz deve exercer sua função com humildade, dirigir um processo polivalente, participar ativamente da prova, analisar cuidadosamente as questões controvertidas, escolher a interpretação que melhor se coaduna com o espírito da norma processual valorizando-a como regra técnica, ética e política, mas fazendo sempre prevalecer o valor justiça.

As alternativas até então encontradas, como a tutela antecipada, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, a prejudicialidade da ação consignatória, as alterações no processo de

---

<sup>174</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *O futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de Direito Processual*. Ob. cit., p. 5.

execução, a naturalização da ação monitória, as modificações no agravo de instrumento e a arbitragem etc, não foram suficientes para solucionar o congestionamento do aparelho judiciário, que precisa, antes de mudanças na lei, reestruturar-se, atualizar-se, modernizar-se socialmente para tornar-se administrativamente eficiente e politicamente democrático. É preciso extrair do processo a utilidade da pretensão de direito material deduzida, mas para isso, imprimir modificações no Judiciário a começar por sua base, nos juízos de primeiro grau.



## EFETIVIDADE DA GARANTIA JUDICIAL

SUMÁRIO: 4.1 A importância do processo. 4.2 Modo pacífico de solucionar os conflitos. 4.3 A equidade e o processo. 4.4 Direito e processo justo. 4.5 Garantia do contraditório. 4.6 Princípios informativos do Processo Civil. 4.7. Sistemas processuais: acusatório e inquiratório ou inquisitivo.

### 4.1 A importância do processo.

O provimento judicial por excelência é a sentença que extingue o processo com julgamento do mérito, ou seja, aquela que dá solução definitiva ao litígio, julgando procedente ou improcedente o pedido formulado pelo autor. É ela, dentre os demais pronunciamentos judiciais, que tem a força necessária para impelir o cumprimento do que foi decidido, além de pôr fim aos processos de conhecimento e cautelar. Essa força advém das normas jurídicas, todas dotadas de coerção, providas de meios para se impor, isto é, o direito prevalece a qualquer custo, ainda que contra a vontade do obrigado que não estando disposto a respeitar as regras gerais e abstratas formuladas por uma das funções do Estado, uma outra função desse mesmo Estado impõe a observância. Essas normas são preestabelecidas porque só na forma previamente estabelecida na lei é que reside a condição vital da autenticidade dos atos forenses; sem essa condição não há garantia de direitos. São, em outras palavras, meios protetores de garantia da imparcialidade do juiz, da liberdade e das atividades das partes.

Por isso, é que para chegar à sentença o sujeito subordina-se a um método ou sistema de atuação instituído pela lei, que vem a ser o processo, principal instrumento, onde atua a vontade da lei, para tutelar o direito substancial. Sem o processo, cujas regras são preestabelecidas, o debate judicial redundaria em confusão, desordem e

incerteza, pois toda a atividade jurisdicional é desenvolvida nele e do qual se serve para dizer o direito. É a linha ou o rumo que o juiz e as partes devem seguir para não desencadear no arbítrio e nos abusos. Por isso jurisdição e processo são conceitos inseparáveis.

Ele exterioriza-se de diversas formas, variando em conformidade com a pretensão do autor e a defesa do réu. Intrinsecamente o processo é a relação jurídica que se instaura e se desenvolve entre autor, juiz e réu. Nele há procedimento que é o aspecto exterior do fenômeno processual, onde são revelados os atos sucessivamente ordenados. Assim, o desenvolver-se do processo, conforme as exigências de cada caso, é o procedimento, seu *modus operandi* ou “o modo e a forma por que se movem os atos no processo”.<sup>175</sup>

Enquanto não houver conflito entre os membros da sociedade, as relações de convivência mantêm-se em harmonia. Surgindo a discórdia e não resolvida pelos meios legais alternativos, resta a via judicial para solucioná-la através do processo, onde o Estado, exercendo sua função jurisdicional faz atuar o direito de forma cogente, compondo o conflito de forma justa e pacífica com a força da imutabilidade.

Socorrendo-se da tutela do Estado em busca de um direito subjetivo, esse direito invocado se processualiza e as relações humanas adquirem outros nomes: o arrendante passa a ser demandante; o arrendatário em demandado. As relações processuais entre as partes são substantivadas por meio de notificações, citações, intimações, contratação de advogado etc. Uma vez acionada a jurisdição, os modos e maneiras daquela relação são expostos no

---

<sup>175</sup> Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Ed. Saraiva, 1999, p. 83. V.II.

processo através da petição inicial, defesa, conciliação, provas, debates, sentença, recursos.

Mas para o exercício desses direitos existem critérios a serem obedecidos. Esses direitos não podem ser desempenhados de qualquer jeito, com regras estabelecidas subjetivamente pelo interessado ou pelo juiz. O acesso ao órgão judicial é regulado através de sistemas positivos e heterogêneos, isto é, oral, escrito, lugar onde exercê-los, matéria discutida, sujeitos (privados ou públicos). Também não se diz ao juiz que o arrendatário encontra-se inadimplente porque não paga a renda; é necessário expor o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, dos quais decorre o pedido propriamente dito e transparecem as condições da ação.

Filiando-se o CPC à teoria da substanciação, os fundamentos do pedido devem consubstanciar-se na declaração da natureza do direito reclamado. A lei exige a exposição circunstanciada dos fatos definidores da relação jurídica. Não basta dizer que é proprietário ou possuidor; tem de descrever os fatos de onde adveio a propriedade ou a posse. Impõe-se, pois, a exposição na petição inicial da causa remota (o fato) e também da causa próxima (fundamentos jurídicos). Naquela, o autor expõe o fato que o levou a reclamar a prestação jurisdicional (fato gerador), ou seja, aquele fato que constitui o direito afirmado; nesta, indica a lesão ou a ameaça do direito que se diz titular. Numa demanda em que se pleiteia a condenação do arrendatário ao pagamento do aluguel, o arrendamento é a causa de pedir remota; o inadimplemento do devedor é a causa de pedir próxima. Numa ação de reintegração ou manutenção de posse, a causa de pedir remota é a posse; o esbulho ou a turbação é a causa de pedir próxima.

Essa teoria difere da teoria da individuação, na qual bastaria o autor indicar a causa próxima. Nela é suficiente a menção da relação jurídica que derivou a pretensão que se quer fazer valer: É proprietário; é possuidor; é credor.

A Jurisdição é uma atividade estatal estruturalmente organizada para satisfazer as necessidades sociais tuteladas pelo direito; o processo é o veículo ou o instrumento onde o Estado atua para responder a essas necessidades.

Estruturalmente, o processo tem sua base na Constituição Federal, que instituiu instrumentos processuais que garantem o acesso à justiça e o devido processo legal, incluídos os demais postulados necessários para assegurar tutela efetiva na defesa dos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Além disso, o direito ao processo é polivalente e ampara qualquer conflito de interesses que deva ser protegido, mediante um procedimento realizado em contraditório e cercado de todas as garantias necessárias à igualdade das partes. A Constituição Federal ao dispor que todos são iguais perante a lei (art. 5º), estabeleceu tratamento igual à obtenção de um direito subjetivo e impôs ao Estado, em decorrência do princípio da isonomia (art. 5º, I), a obrigação de levar a cabo esse tratamento, limitando o poder soberano de legislar e de aplicar as normas jurídicas ao mesmo tempo.

Enquanto nas relações privadas, o princípio da igualdade pode ter certas condescendências, tratando desigualmente situações desiguais, no processo não deveria ter, mas excepcionalmente tem, como se verá mais à frente. A regra é a não distinção assegurando a todos igualmente de tratamento: a) no acesso à justiça para a defesa de seus direitos ou ameaça a direitos (art. 5º, XXXV); b) garantindo o devido processo legal (art. 5º, LIV) bem como o juiz natural, vedando

juízos ou tribunais de exceção (art. 5º; XXXVII); c) no contraditório e na ampla defesa inclusive nos processos administrativos (art. 5º, LV); d) no direito à produção das provas, implícito na garantia do devido processo legal; e) na faculdade de se defender, replicar, recorrer etc; f) na submissão à decisão final da demanda submetida à apreciação do Judiciário.

O processo está à disposição de todos. Cada um usa-o de acordo com suas necessidades e interesses, para pleitear civilizadamente em juízo o que lhe entender devido. Galanter, citado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth<sup>176</sup>, distinguia entre litigantes “eventuais” e litigantes “habituais”. Estes, por terem contatos mais freqüentes com a Justiça, são mais eficientes que os primeiros, porque: 1) pela “maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de assunto; 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.”<sup>177</sup>

A justiça humana, ainda que imperfeita, produz certo grau de segurança a quem dela se serve. A garantia dessa segurança é representada pelo processo. Não só com o acesso a ele, mas, principalmente, com o direito a uma decisão justa amparada constitucionalmente. Enfim, essa garantia permite o equilíbrio entre as partes do processo e cada uma tem as mesmas possibilidades de carga, provas e recursos.

---

<sup>176</sup> *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor, p. 25.

<sup>177</sup> *Idem*.

O processo deve apoiar-se em importantes valores, como a razoabilidade, a imparcialidade, a equidade e a coerência. Definitivamente, é o meio legal mais seguro e adequado para remover todas as dificuldades que possam impedir a solução de um conflito, exercendo sua verdadeira função que é a de trazer os benefícios para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material.

Deixar o sentido excessivamente processualista e considerar critérios de racionalidade material para produção de resultados, é a tarefa a ser empreendida pelo processualista moderno. Deveras, identificado o processo pela doutrina como instrumento da jurisdição, facilmente compreende-se a aproximação do direito processual com o direito material que, respeitando a autonomia de cada um, completam-se entre si, a ponto de depender a correta identificação desse nexos o perfeito conhecimento do processo.

Por ser de natureza instrumental, pois nele é que a jurisdição opera, o direito processual não é um fim em si mesmo, impondo-se reexaminar todo o sistema, rever conceitos e princípios para adequá-los às necessidades do direito material, preocupando-se, não mais com um processo autonomista ou um processualismo exagerado, mas como um meio de resolver as necessidades peculiares de cada área de atuação.

Sob essa visão, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>178</sup> aponta as enormes dificuldades para o escopo do processo a sua excessiva autonomia. Segundo esse autor, “a grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação. A preocupação com

---

<sup>178</sup> *Direito e processo*. 2ª ed. Malheiros Editores, 2001, p. 17.

a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual.”<sup>179</sup>

É exatamente essa a importância do processo: Para sua necessária efetividade, deve valer pelos resultados que produz, sem torná-lo centro da técnica. Sua essencialidade deve ser freada na medida em que possa impedir o normal desenvolvimento do direito substancial. Em outras palavras, o processo é um instrumento que está a serviço do direito material. Por isso, as normas processuais têm de estar em harmonia com os princípios fundamentais da norma substancial. A colher é um instrumento usado pelo pedreiro para assentar o tijolo sobre a argamassa; é sua ferramenta de trabalho. O processo é o instrumento ou ferramenta da jurisdição e mesmo não sendo fonte geradora de direitos, é capaz de construir uma ordem jurídica justa.

O direito processual deve dizer a que veio, já que suas normas não têm fim em si mesmas. Deve atingir os resultados a que se propõe para dar bons frutos.

A jurisdição é uma atividade estatal estruturalmente organizada para satisfazer as necessidades sociais tuteladas pelo Direito, e o processo o veículo ou instrumento para responder a essas necessidades.

Para que a jurisdição cumpra seu papel, solucionando os litígios que lhe chegarem às mãos, assegurando o bem-estar da sociedade, é imprescindível que o processo seja capaz de gerar, pragmaticamente, resultados equivalentes aos que se obteria caso as normas jurídicas fossem cumpridas natural e espontaneamente.

---

<sup>179</sup> Idem.

O conflito de interesses é desgastante; absorve dinheiro, saúde, tranqüilidade e a paz. Para sua solução, os conflitantes querem se assegurar de um instrumento adequado, firme e imparcial que lhes traga resultados, ou seja, a efetiva prestação jurisdicional. Esse instrumento é o processo judicial. É ele o meio legal para remover todas as dificuldades que possam impedir a solução de um conflito entre particulares, exercendo sua função que é a de trazer os benefícios para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material.

#### **4.2. Modo pacífico de solucionar os conflitos.**

Seguramente o processo judicial é o principal meio de solucionar de modo pacífico os conflitos. Nos tribunais nascem, desenvolvem-se e extinguem-se verdadeiras batalhas onde se declara um vencedor e um vencido. Quem se envolve numa dessas batalhas tem, desde o primeiro momento, uma sensação de insegurança porque, embora respeite o órgão jurisdicional, não compreende seus julgamentos, desconfia de interferências políticas e das habilidades que a outra parte pode desenvolver para persuadir o julgador de uma razão que não tem. Recalcitrante, receia que a demanda vá reduzir seu patrimônio, perder a tranqüilidade e a paz.

Não são incomuns essas incertezas no espírito do homem que está a demandar, certo da delonga que o processo irá proporcionar, muitas vezes desnecessário, e de que dele não sairá ileso, ainda que vencedor.

Isso faz com que alguns processualistas entendam ser o processo um mal, devendo ser suprido do cenário jurídico, mas, como



leciona Arruda Alvim<sup>180</sup>, o processo só será um mal se se eternizar, não desempenhando a função de extinguir o conflito. Um mal é o conflito de interesses, embora inevitável.<sup>181</sup>

Outros, de postura liberalizada, frente a pós-modernização, admitem diferentes vias de pacificação ou solução dos conflitos, que não aquelas estritamente científicas, independentes de processo, como os meios mais apropriados e melhor aparelhados para mitigar esses efeitos, além da desistência, da negociação,<sup>182</sup> da transação<sup>183</sup> e da renúncia que dependem exclusivamente dos contendores como formas de resolução dos conflitos de interesses.

Cogita-se de uma justiça alternativa que para os defensores da idéia não é negar a lei pelos simples fato de querer negá-la; é a implementação de instrumentos já colocados à disposição do magistrado pela própria Constituição. A arbitragem ainda não rendeu os frutos almejados em nosso meio. O processo judicial, com todas as suas deficiências, permanece como o principal modo pacífico de solucionar os conflitos.

Como se sabe, as atividades normativas do Estado estabelecendo modelos de conduta para manutenção do grupo social não satisfazem plenamente, embora mantêm os conflitos dentro de um limite tolerável que, a toda evidência, nem o próprio Estado, nem o indivíduo, o grupo ou a coletividade ao qual pertence não as cumpre à risca, mas são indispensáveis, já que as regras éticas não conseguem e nem têm força para evitar o conflito, sendo inevitável a criação de outros meios disciplinando o ser humano e fixando a medida do justo.

---

<sup>180</sup> *Manual de Direito Processual Civil. Parte geral.* 5ª ed. RT, 1996, p. 410-411, v.I.

<sup>181</sup> *Idem*, p. 411.

<sup>182</sup> Entende-se por negociação a solução de consenso a que chegam os litigantes diretamente, ou através de seus representantes, sem a intervenção de terceiro.

<sup>183</sup> Por transação, entende-se o acordo alcançado diretamente pelas partes e levada para o processo que, para ter efeito processual, depende de homologação judicial (art. 269,III, do CPC).

As intervenções estatais, imprescindíveis para a preservação e manutenção da paz social, bem como para proteção de certos e determinados interesses, são feitas através do ordenamento jurídico denominado *direito objetivo*.

Bom seria que esse ordenamento fosse obedecido. As autoridades públicas respeitassem as normas que regulam o exercício de suas funções, o mesmo ocorresse com as empresas, não fossem emitidos cheques sem provisão de fundos, os impostos fossem pagos regularmente, nos acidentes de automóveis os motoristas reconhecessem a culpa e se autocompusessem independente da intervenção do órgão judicial.

Como nem sempre as normas que compõem esse ordenamento são cumpridas, as transgressões a elas finda por instalar o conflito que necessita ser resolvido.

No ensinamento de Carnelutti, para realizar a composição do “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”, fenômeno que ele denominou “lide”, é que existe ao lado do direito material objetivo, o direito processual, cujo escopo é realizar concretamente as disposições abstratas daquele, para solucionar a lide.

Assim, se o devedor não cumpre a obrigação no tempo aprazado, tornando-se inadimplente, surgem o conflito e o direito de ação e o credor pode ou não exigir o pagamento. Se exigi-lo e o devedor saldá-lo, resolve-se o conflito. Solucionado mediante concessões mútuas, sem a intervenção de uma terceira pessoa, diz-se que houve negociação; caso contrário, o credor poderá: a) propor a demanda, na qual deduz sua pretensão em forma de um pedido, quebrando a inércia da jurisdição; b) perdoar o débito; c) credor e

devedor se conciliam com concessões mútuas, por provocação do magistrado.

Essas são as formas de composição dos conflitos de interesses: a) submissão; b) desistência; c) transação.

A pretensão vem respaldada no direito material e para ser satisfeita, contestada ou não, o Estado deve participar por meio dos seus órgãos pelos quais atua. Para tornar-se processual, é necessário que a pretensão seja veiculada e defendida numa demanda, exercida por seu titular perante o Estado, que intermediará, imparcialmente, entre esse titular e quem esteja oferecendo resistência à sua pretensão.

Em todo processo, no seu aspecto formal, há um elemento subjetivo e um elemento objetivo. O primeiro é representado pelas partes parciais e por quem o impulsiona, o decide e o extingue. Nos processos contenciosos são sujeitos primários os órgãos judiciais, como titular de um poder público, e os protagonistas. Aquele se encontra num plano superior a estes, e estes desenvolvem suas atividades no processo em igualdade de condições. Essa igualdade, no entanto, encontra exceções em nosso ordenamento, como: 1) no § 4º, do art. 20, do CPC, que exclui a Fazenda, quando vencida, do limite mínimo na fixação dos honorários advocatícios; 2) no art. 188 do Código de Processo Civil que prevê prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público; 3) nas hipóteses enumeradas no art. 475 do CPC, tornando ineficaz a sentença sujeita ao reexame necessário; 4) sujeição da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública ao rito dos artigos 730 do CPC e 100 da CF; 5) a execução fiscal, com procedimento especial estabelecido pela Lei n. 6.830/1980; 6) no arresto requerido pela União, Estado ou Município, que ordena o juiz que o conceda liminarmente, sem realização de

audiência de justificação prévia (art. 816,I); 7) na reintegração de posse, que não se concederá liminar contra as pessoas jurídicas de direito público sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais (parágrafo único do art. 928); 8) a do art. 191 do CPC, que concede prazos especiais para os litisconsortes quando constituírem advogados diferentes; 9) a concessão aos Defensores Públicos nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, ou a quem exerça cargo equivalente (art. 5º, § 5º, da Lei 1.060, de 05.02.1950) e art. 128 da Lei Complementar n. 80, de 12.01.1994), da prerrogativa de ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo e a contagem de todos os prazos em dobro e ainda a estes últimos entes, ao advogado dativo e ao órgão do Ministério Público, a desobrigação de impugnar especificadamente os fatos, nos termos do parágrafo único do art. 302 do CPC.

Essas exceções não ferem o princípio da paridade de tratamento, por se entender que as posições não são iguais, podendo a lei dar tratamentos diferenciados, sendo compatível com Constituição Federal.

“O princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia meramente formal.”<sup>184</sup>

Um dos defensores dessa tese é José Carlos Barbosa Moreira,<sup>185</sup> ao sustentar que diante da natureza dos interesses que representa, a Fazenda Pública não pode ser equiparada a um litigante qualquer. O interesse público, continua o mestre, justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo – é merecedor de

---

<sup>184</sup> RE 194.925-2-MG-EDcl. STF-Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.03.1999. DJU 19.04.2002, p. 59. Súmula 116 do STJ: “A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.” Ver ainda a respeito: Nelson Nery Junior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª ed. RT, 2000, p. 45-51.

<sup>185</sup> *Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública*. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 19, out/2004, p. 41-48.

proteção especial, objetivo a ser perseguido sob regime político democrático.

Esse entendimento, predominante na doutrina e na jurisprudência, encontra resistências fundadas na inversão de valores, pois parte do pressuposto que o Estado é merecedor de proteção em detrimento do cidadão, com quem litiga, rompendo a isonomia processual.<sup>186</sup>

Nesses processos existem necessariamente, dois pólos opostos: num deles está o autor, aquele que formulou a pretensão a ser satisfeita pelo órgão judicial, ou, em outras palavras: é o legitimado para a causa, o que se diz titular do direito cuja tutela invoca; no outro, está o réu, o legitimado passivo, aquele que o autor afirma ser o titular da obrigação e tem o ônus de se defender da demanda proposta, resistindo a pretensão.

Em cumprimento integral das funções processuais, outras pessoas também atuam no processo como auxiliares internos e externos. Por parte do órgão judicial encontram-se os escrivães, secretários, escreventes, oficiais de justiça, peritos, leiloeiros etc., enquanto pelo lado das partes estão os advogados, o Ministério Público, quando atua na função de *custus legis* (art. 82 do CPC)<sup>187</sup>, o assistente simples como auxiliar da parte assistida, ou como gestor de negócios quando revel o assistido (parágrafo único do art. 52 do

---

<sup>186</sup> Domingos Sávio Dresch da Silveira. *Considerações sobre as garantias constitucionais do acesso ao Judiciário e do contraditório*. Obra coletiva sob a organização de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Livraria do Advogado Editora, 1997, p.62-66. Para Cândido Rangel Dinamarco, fazendo crítica ao duplo grau obrigatório em favor da Fazenda Pública, enxerga ele constituir uma herança autoritária da ditadura getuliana, de visíveis moldes fascistas. (*A reforma da reforma*. 5ª ed. Malheiros Editores, 2003, p. 126).

<sup>187</sup> Atuando como fiscal da lei o Ministério Público não é parte da relação processual nem tem compromisso com elas. É sujeito especial do processo; sua função, nessa qualidade, é defender a ordem pública e o bem comum, quando há interesse de incapazes, nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade e, ainda, nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

CPC), a mãe representando ou assistindo o filho menor na ação de investigação de paternidade, as testemunhas, os assistentes técnicos, denominados *sujeitos secundários*.

Não se está aqui cogitando de legitimidade *ad causam*, quando, como regra, legitimados ordinários do processo são os sujeitos da lide, os titulares dos interesses em conflito (art. 6º do CPC). Excepcionalmente, em certas situações, a lei confere legitimidade de parte a um terceiro, não titular da relação jurídica deduzida no processo, para ingressar em juízo pleiteando direito alheio. Nesses casos, a doutrina tradicional denomina-o de legitimado extraordinário e sugere a seguinte classificação: a) *legitimado extraordinário exclusivo* – demanda em defesa de direito alheio com exclusividade, como na ação popular (Lei n. 4.717, de 29.06.1965), em que a legitimidade do cidadão defende o interesse da Administração Pública, não havendo, na hipótese, legitimado ordinário, pois o interesse submetido à tutela é supra-individual; b) *legitimado extraordinário concorrente* – tanto o legitimado ordinário como o extraordinário podem ir a juízo em conjunto ou isoladamente. Demandando em conjunto forma-se um litisconsórcio facultativo. É o caso da ação de investigação de paternidade disciplinada pela Lei n. 8.560, de 29.12.1992. O § 4º, do art. 2º, dessa lei confere ao Ministério Público legitimidade para ingressar em juízo em nome do menor com apenas a maternidade estabelecida, No § 5º do mesmo artigo diz que “a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade”. Atribui-se legitimidade concorrente nas demandas em defesa dos interesses e direitos dos consumidores (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ao Ministério Público, a União, os Estados,

os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo mesmo Código, dispensada a autorização da assembléia (art. 81, parágrafo único c. c. o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11.09.1990), bem como para propor ação civil pública em defesa do meio ambiente e dos consumidores (Lei n. 7.347, de 24.07.1985) que atribui legitimidade ao Ministério Público, a União, aos Estados, aos Municípios, bem como pelas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e por associação desde que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, turístico e paisagístico (Art. 5º, incs. I e II, da citada Lei), bem como a ação direta de inconstitucionalidade (Lei n. 9.868, de 10.11.1999), que dá legitimidade para propô-la, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, O Governador de Estado e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com presença no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 2º da Lei); c) *legitimidade extraordinária subsidiária* – como, por exemplo, a sociedade – legitimada ordinária – não propuser a demanda nos três meses

seguintes à determinação da assembléia, a lei legitima qualquer acionista para demandar o administrador pelos prejuízos causados à sociedade (§ 3º, do art. 159, da Lei n. 6.404, de 15.12.1976).

Atribui-se também que, tecnicamente, o substituto processual disciplinado no art. 42 do CPC é característica do fenômeno da legitimação extraordinária.

O elemento objetivo do processo é constituído por uma petição que dá ensejo à demanda, na qual contém uma pretensão deduzindo um pedido ao órgão judicial para que resolva o conflito, no processo contencioso, ou para constituir, integrar ou dar eficácia a uma relação jurídica no procedimento voluntário.

É o pedido quem delimita o objeto do processo.

#### **4.3 A equidade e o processo.**

Já se disse anteriormente que o processo tem caráter meramente instrumental, devendo ir somente até os limites da sua finalidade, não tendo, pois o condão de sobressair-se ao extremo ou extraviar-se do caminho para o qual foi traçado. Todo instrumento só é bom e útil “na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.”<sup>188</sup> A sua importância não é superior a do direito material. Perde sua natureza se for considerado superior ao direito material e o que é juridicamente desnaturado deixa de ser o que deve ser.

---

<sup>188</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Por um processo socialmente efetivo*. RePro n. 105/181-190.



O justo não tolera insignificância, nem se oculta por ficções processuais.<sup>189</sup>

As sucessivas modificações no processo judicial tendentes a flexibilizar o rito buscam meios para facilitar aos juízes na tarefa de descobrir a verdade e fazer justiça.

Antigamente, na época dos juízos de Deus quando se determinava o procedimento para certa demanda, embora hoje seja interpretada como tosca, obscura, era, ao contrário de conceito formal de justiça, o meio em que se averiguava a verdade. O procedimento retro citado neste trabalho, criado por Salomão, não pode ser considerado como conceito formal de justiça; o sábio rei finalmente decidiu constatar, ainda que de maneira rústica, a verdade real: qual das duas mulheres era a mãe da criança.

A preocupação em fundamentar a sentença em uma *suposta verdade* apareceu na Idade Média<sup>190</sup>, quando se iniciou a elaboração de complexas técnicas de indagação para saber quem foi o autor, em que condição praticou o fato e em que momento.

Não se tem dúvida que o rigoroso procedimento judicial romano em matéria de direito privado sofreu perceptível flexibilização na época atual. No entanto, na mente de alguns magistrados, felizmente poucos, continuam vivos, apegados que estão às fórmulas rituais exacerbadas por uma submissão à lei processual ao estilo do magistrado romano no sistema das “ações da lei” e que muitas vezes leva o sujeito à perda de um direito legítimo.

Veja-se, por exemplo, o atentado ao exercício da jurisdição estampado no art. 14 do CPC. Há quem entenda que a extinção do processo por carência de ação incide o dispositivo. Outros vão mais

---

<sup>189</sup> Bidart Campos, *apud* Juan M. Farina. *Justicia ficción y realidad*. Ob. cit., p. 241.

<sup>190</sup> Michel Foucault. *La verdad y las Formas Jurídicas*. Gedisa, Barcelona, 1991, p.18.

longe; aplica-o deliberadamente no simples afastamento de uma preliminar por ocasião do saneador, quando não o faz cumulando com a multa estabelecida no art. 18 do CPC. Daqui a pouco surgirão aqueles que reputarão de má-fé (art. 17, V, do CPC), quem ver rechaçada a pergunta que formulou à testemunha.

Essa situação conduz a total insegurança jurídica pelos riscos que assume quem se empenha na busca da verdade.

Na época feudal, por volta do Século XI, havia a chamada prova social, na qual era de suma importância a vida social do sujeito.

Ter-se-ia por inocente quem reunisse doze testemunhas e estas, sob juramento, afirmassem que o acusado não havia cometido homicídio algum. O juramento não se fundava na garantia da inexistência do delito, mas na importância social do delinquentes. As testemunhas demonstravam o conceito que o sujeito havia conquistado no grupo social ao qual pertencia.

Tem-se assim que no direito feudal, em certo período da Idade Média, a característica da prova não tinha a função de fazer aparecer à verdade; era uma operadora do direito e não uma operadora da verdade.

Hoje ainda há fatores dentro do grupo social que continuam influenciando na decisão judicial, tais como o testemunho profissional (testemunha comprada) ou no júri, quando o Conselho de Sentença absolve o réu, o conhecido “cacique”, geralmente mandante do crime, demonstrando solidariedade pela importância que o criminoso representa na comunidade da qual faz parte, ou mesmo com o objetivo de preservar sua vida, quando tem conhecimento que o sujeito integra ou comanda grupos criminosos.

As normas processuais têm por finalidade a ética, disciplinando as partes e o juiz no trâmite do processo, outorgando-

lhe transparência e objetividade no plano da igualdade e de respeito à prova produzida por cada um dos litigantes, se bem que a justiça somente se realiza com a igualdade material, não se contentando com a igualdade formal.

Não convém convergir o direito processual num arraigado complexo de normas que às vezes levanta-se como uma muralha e impede os litigantes exporem e provarem suas verdades, ou obstaculizar o trabalho do juiz. Certos comportamentos de juízes e de advogados que consideram as normas processuais acima do direito material podem conduzir a uma conclusão frustrante àquele que tem realmente um direito e se vê vencido.

O juiz que queira fazer justiça tem de ser sensível a determinados princípios da ciência processual, voltando seus olhos para o básico, o elementar, o mundo sobre o qual vai incidir sua sentença, oferecer as mesmas possibilidades às partes de exporem suas razões, prová-las e ser devidamente acolhidas dentro dos termos e ritos indicados pela lei processual. Enveredar-se por caminhos que fogem desses objetivos, conferindo a lei processual o poder de suprimir, limitar ou modificar direitos outorgados pelas leis substanciais, é desnortear toda a técnica processual.

O processo só alcança um “preciosismo” quando as normas que o regem são acomodadas de maneira a realizar o direito material em conformidade com os fins desejados por este.

O manejo das normas processuais requer destreza, ou com mais propriedade, como leciona Barbosa Moreira<sup>191</sup>, a efetividade social do processo está na maneira como o conduza o órgão judicial. “A lei, continua o Mestre na sua costumeira elegância vernacular, concede ao juiz muitas oportunidades de intervir no sentido de

---

<sup>191</sup> *Por um processo socialmente efetivo.* RePro n. 105/180-190.

atenuar desvantagens relacionadas com a disparidade de armas entre os litigantes. Todavia, uma coisa é o que reza a lei, outra o que dela retira o órgão processante.”<sup>192</sup>

Não é por falta de instrumentos processuais que continua tão insatisfatória a situação nacional nesse terreno; o legislador tem sido pródigo nesse trabalho, inclusive em nível constitucional como já referido alhures. Nos últimos tempos, uma sucessão de mecanismos foi destinada ao processo, tais como a ação civil pública, o Código do Consumidor, os Juizados Especiais, sem contar com as alterações da própria lei processual. Mas, é mera ilusão supor que os textos resolvam tudo. “A grande questão está em saber em que medida e sentido hão de ser exercitados pelo juiz os poderes de que a lei o investe. Com isso recaímos no antigo e sempre atual problema da formação dos magistrados.”<sup>193</sup>

Para solução do litígio, o juiz deve encará-lo com sentido humano e não crendo que a lei constitui um mecanismo de diferente sentido. Num pleito, por exemplo, figurando num dos pólos uma pessoa física, o julgador tê-lo-á como ser humano concreto e não um ente abstrato, donde deve resolver o conflito com sentimento humano, pois o ordenamento jurídico está a serviço da convivência entre humanos. Assim fazendo, estará ajustando as formas ao processo, sopesando-as em relação ao fim último às quais endereçam, que nada mais é do que efetivar a realização do direito.

Converter o direito em técnica é substituí-lo da moral; é considerá-lo como ordenamento racional somente.

Vem se destacando atualmente discussão relevante, com perda de tempo, diga-se, na solução da lide, a concessão da

---

<sup>192</sup> Ob. e p. cits.

<sup>193</sup> Barbosa Moreira. Ob. e p. cits.

gratuidade jurídica aos que dela alegarem necessidade. A questão tomou vulto com a vigente Constituição Federal ao dispor no art. 5º, LXXIV, que: “O Estado prestará assistência jurídica<sup>194</sup> integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Ainda há quem entenda a obrigatoriedade de comprovação do estado de necessidade pela parte que requer o benefício. Exige-se, além da afirmação da pobreza na petição inicial (art. 4º, da Lei n. 1.060, de 05.02.1950), que esta venha acompanhada de declaração com o mesmo teor, ou seja: *não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família*. Não basta só a afirmação na petição inicial; tem de haver declaração assinada de próprio punho do pretendente, contendo os termos sacramentais constantes na lei.

Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa,<sup>195</sup> citam um acórdão que indeferiu a concessão do benefício simplesmente porque o requerente deixou de afirmar que não tinha “condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

É sem dúvida um retrocesso ao passado; o retorno ao rito processual romano ao tempo da *legis actiones* quando perdia a demanda aquele que não utilizasse as palavras copiadas das próprias palavras da lei.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> A expressão “jurídica” constante do texto constitucional ao invés da comum “judiciária” recebeu aplausos de Barbosa Moreira por obrigar o Poder Público a ministrar serviços gratuitos de consultoria a quem deles necessitar e não poder pagá-los. No entanto, mereceu críticas do mesmo processualista a expressão “comprovarem”, porque retrógrada e em confronto com a legislação infraconstitucional preexistente (Lei n. 1.060, de 05.02.1950), in RePro n. 105/186.

<sup>195</sup> *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed. Saraiva, 2005, p. 1195, nota 1b ao art. 4º da Lei n. 1060/1950.

<sup>196</sup> Calha bem o exemplo de Gaio, citado por José Carlos Moreira Alves, quando um cidadão romano perdeu a demanda por haver empregado a palavra *uites* (videira) no lugar de *arbor* (árvore), como indicava a Lei das XII Tábuas com relação à *actio de arboribus succisis* (ação relativa a árvores cortadas), e isso apesar de, no caso concreto, as árvores abatidas terem sido justamente videiras, in *Direito Romano*. 11ª ed. Forense, 1998, p. 193-194, v. I.

Interessante decisão aquela que deu pela deserção do recurso da parte que mesmo tendo requerido o benefício na petição inicial, não se dignou o juiz em apreciá-lo, tramitando regularmente o processo até a sentença que julgou improcedente o pedido sem o recolhimento das despesas. Subindo os autos com a apelação, mas sem o preparo recursal, o Tribunal aplicou o art. 511 do CPC,<sup>197</sup> por entender adstrito ao conhecimento da matéria impugnada o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>198</sup>

Não há dúvida quanto a aplicação do brocardo no recurso de apelação, pois ele devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada nos limites da impugnação, mas naquela sobre a qual formou preclusão, o que não é o caso sob a ótica do autor deste trabalho, senão vejamos: 1º) a parte formulou o pedido e, embora não tenha merecido apreciação pelo órgão judicial o processo tramitou normalmente, sem o recolhimento das despesas até a sentença, dando o voto a entender a realização de prova pericial, obviamente sem custos, ou provavelmente pagos pelo Estado. Certamente tudo isso levou o autor a entender que o benefício havia sido concedido, ainda que implicitamente; 2º) o pedido não precluiu, pois a assistência jurídica pode ser concedida a qualquer tempo (art. 6º, da Lei n. 1.060/1950); 3º) o pedido da benesse não é objeto da lide, isto é, aquele pedido não é o conflito de interesses entre as partes, não havendo porquê a aplicação do brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*; 4º) a parte não poderia ser prejudicada pela omissão do órgão julgador quando, num sentimento humanitário, entendendo o Tribunal, que se concedesse supriria um grau, deveria

---

<sup>197</sup> Preceitua o art. 511 do CPC: “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.”

<sup>198</sup> RT 823/310-311.

devolver o processo para que o juiz sentenciante resolvesse a pendenga,<sup>199</sup> pois na hipótese não incide o princípio instituído pelo art. 463 do CPC;<sup>200</sup> 5º) o benefício pode ser concedido de ofício;<sup>201</sup> 6º) o entendimento de que a Constituição revogou parte do art. 4º da Lei n. 1.060/1950, passando a exigir prova da miserabilidade, está superada, pois tal exigência vai de encontro à própria Constituição ao cercear o direito de livre acesso ao Judiciário e macula o direito de petição consagrados nos incisos XXXIV e XXXV, do art. 5º da Lei Maior.

Consagrando a Constituição Federal o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), corolário remover todo e qualquer obstáculo a esse acesso, incluindo aí o econômico.<sup>202</sup>

Há também entendimentos no sentido de que se a parte indicar advogado ou constitui-lo ao invés de procurar auxílio junto à Defensoria Pública, deixa de ter direito à assistência jurídica; outros entendem necessária a prova da qualidade profissional do requerente, e ainda, os que exigem além do requerimento, a declaração, a apresentação de cópia da declaração de bens e comprovante de

---

<sup>199</sup> Recentemente o STJ decidiu que uma vez formulado o pedido na petição inicial e não examinado expressamente pelo Juízo monocrático, não se dá a apelação por deserta sem antes dar oportunidade à parte para o pagamento do preparo. (Resp 562259-RJ. Min. César Asfor Rocha. 4ª Turma, j. 02.12.2003, DJ 14.06.2004, p. 235). O Tribunal de Justiça de Rondônia entendeu que não apreciado o pedido pelo juiz monocrático, mas estando comprovados os requisitos para concessão, o recurso deve ser recebido sem implicar deserção. Consta no voto que o pleito não sofreu objeção da parte contrária. RT 808/405-407.

<sup>200</sup> Estabelece o art. 463 do CPC: “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-lo: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.”

<sup>201</sup> Esse entendimento não é pacífico na jurisprudência do STJ. Sua 6ª Turma entendeu que sim (Resp 103.240-RS), porém, a 5ª Turma desse mesmo Tribunal entendeu que não (Resp 105.452-SC). Ver a respeito in Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Ob. cit., p. 1229, nota 4b ao art. 4º da Lei n. 1.060/1950.

<sup>202</sup> Os incisos LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – e XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – pertencem ao mesmo nível hierárquico (art.5º, da CF).

rendimentos mensais para análise da incapacidade financeira do pretendente à benesse.<sup>203</sup>

Essas exigências além de descabidas, expõem ou pretendem expor a público a situação financeira do sujeito e caracterizam quebra de seu sigilo fiscal. O Judiciário, com tantas outras coisas muito mais importantes para se preocupar, basta ver o alarmante congestionamento de demandas dependendo de distribuição e julgamento, se quer dar uma satisfação à sociedade que está a lhe exigir mais agilidade na solução dos processos, tem de se desagregar de picuinhas que só lhe tomam tempo e voltar sua atenção para o exame daquilo que tem por objeto o bem da vida, perseguido pelas partes, ou pelo autor, através da sentença de mérito.

Melhor que se dê ao ordenamento jurídico, notadamente à Constituição, uma interpretação *light*, principalmente naquelas questões diretamente reclamadas pela sociedade. Certamente o legislador Constituinte disse mais do que deveria ter dito, deixando o texto do inciso LXXIV do art. 5º, ambivalente, isto é, avançando de um lado e regredindo de outro, mas não foi essa a sua intenção diante de tantos direitos e garantias fundamentais, sociais e políticos que colocou à disposição de todos, particularmente ao consagrar o princípio de que nenhuma lei excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV, do art. 5º, da CF).

Simplificar é bem melhor do que complicar. Formulado o pleito na petição inicial, pouco importando seja ela subscrita e apresentada por defensor público ou por advogado constituído<sup>204</sup>, *mediante simples afirmação na própria petição inicial*, como estabelece o *caput* do art. 4º da Lei infraconstitucional, o juiz deve

---

<sup>203</sup> RT 821/276-278.

<sup>204</sup> O § 4º, do art. 5º, da Lei n. 1.060/1950 dispõe que: "Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo."



conceder a benesse para permitir o ingresso da demanda em juízo, distinguindo os direitos consagrados nos citados incisos XXXIV e XXXV da Constituição Federal. O crédito ao que está escrito é fundamental, pois presume relativamente (*iuris tantum*) a lei que a afirmação é verdadeira, mas pode ceder diante de prova em contrário. Posteriormente, se a parte contrária requerer a revogação *provando a inexistência ou o desaparecimento do estado de miserabilidade*, é que o juiz obrigatoriamente se manifestará a respeito, revogando ou não a concessão (art. 7º da Lei). Pouco importa para a obtenção dos favores da lei, a qualificação profissional do requerente ou qual é o seu patrimônio. Naquele momento em que deseja acionar a jurisdição, os frutos que auferir pela atividade profissional que exerce ou pelo patrimônio que possui, podem não lhe garantir financeiramente e nem produzir renda suficiente ou necessária a permitir o custeio das despesas da demanda sem desfalcar o próprio sustento e da sua família.

Outra exigência que merece reflexão é a do art. 488, II, do CPC, que exige o depósito da importância de cinco por cento (5%) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

A respeito, Barbosa Moreira<sup>205</sup> lembra, com propriedade, que o parágrafo único do artigo não contempla o beneficiário da gratuidade jurídica entre as exceções ali estabelecidas, nem se cuidou de acrescentá-la seja no elenco do art. 3º da Lei n. 1.060/1950, seja no referido parágrafo único. No entanto, acrescenta o citado autor, “em sistema processual socialmente orientado, não se concebe que o exercício de ação alguma fique subtraído ao respectivo titular, só pelo fato de carecer de meios. Cumpre afastar o óbice em sede

---

<sup>205</sup> *Por um processo socialmente efetivo*. Ob. Cit., p. 187.

hermenêutica, para excluir a necessidade do depósito, se o autor faz jus ao benefício; e é o que tem feito a doutrina, com o beneplácito da jurisprudência dominante”.

De igual modo, não se pode conceber que o carente de recursos fique impossibilitado de exercer seu direito de recorrer só porque não tem fundos para recolher a multa estipulada na parte final do § 2º, do art. 557 do CPC. Quanto a primeira parte do citado parágrafo que impõe a aplicação de severa multa à parte que interpuser agravo manifestamente inadmissível ou infundado por tratar-se de prática maliciosa, incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual repelida pelo ordenamento jurídico, é legítima a imposição da reprimenda, que, aliás, como pena que é, não pode estar compreendida entre os beneficiários da assistência jurídica.

Cabe lembrar que a decisão pela aplicação da multa não é do relator, mas sim do órgão colegiado, quando inadmissível o recurso por incabível, houver nele irregularidade formal, faltar interesse jurídico ao agravante, ou é intempestivo; ou, ainda, se as razões de mérito são absurdas, inadequadas ou impertinentes.<sup>206</sup>

Uma outra questão que merece atenção e abrandamento ao rigor da lei, ponderação e bom senso do julgador e adequada para exemplificar a aplicação da justiça, objetivo deste trabalho, é quanto com referência à aplicação das Leis ns. 5.709, de 07.10.1971 e 6.634, de 02.05.1979, que regulam e dispõem sobre a aquisição de imóvel rural situado na faixa de fronteira por estrangeiro residente no País.

A primeira lei citada visa regular a aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira residente no País ou pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil que não poderá exceder a cinquenta

---

<sup>206</sup> *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Cláudio da Costa Machado. 4ª ed. Manole, 2004, p.824.

módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua. Em sendo a área considerada indispensável à segurança nacional, a aquisição depende de assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional (arts. 3º e 7º). A soma das áreas adquiridas não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos municípios onde se situem, salvo se o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime da comunhão (art. 12, III).

A lei, como se vê, restringe aos estrangeiros residentes no País a aquisição de imóvel rural a cinquenta módulos,<sup>207</sup> e somadas as áreas contínuas ou não, não poderão ultrapassar a um quarto da superfície do município ou dos municípios onde se situem, salvo a hipótese do inciso III do art. 12 acima referido. Encontrando-se localizada a área em região de fronteira, a aquisição fica na dependência de autorização do órgão governamental.

A outra Lei (Lei n. 6.634/1979) estabelece como área indispensável à segurança nacional a faixa interna de cento e cinquenta quilômetros de largura paralela à linha divisória terrestre do território brasileiro.

Em áreas de fronteira seca e dentro da faixa considerada de segurança nacional, é comum a aquisição de terras por estrangeiros aqui residentes e os Cartórios vinham registrando normalmente, por negligência ou desconhecimento da lei, nas respectivas matrículas essas aquisições, sem a prévia autorização do governo.

Essas irregularidades vieram recentemente à tona e ao ter conhecimento, o Conselho de Defesa Nacional entendendo nulas essas aquisições, passou a requerer administrativamente à

---

<sup>207</sup> Os módulos são atribuídos pelo Ministério da Agricultura a cada região do País e só um *expert* tem condições de demonstrar como são calculados, diante da difícil compreensão por um leigo no assunto.

Corregedoria-Geral de Justiça dos respectivos Estados o cancelamento da matrícula e do registro, com fundamento no art. 221 da Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

Não se discute e nem há nesse trabalho, preocupação com as decisões proferidas no campo administrativo ou jurisdicional, até porque o que foi ou está por eles sendo entendido pouco importa para o presente estudo. A preocupação é demonstrar que cada caso é um caso, e o operador deve examiná-lo minuciosamente e aplicar a lei sobre ele do modo que mais se aproxima às aspirações da justiça e do bem comum, mitigando o rigorismo na exegese dos textos legais.

Assim, pois, voltando à questão da aquisição de terras por estrangeiros residentes no País em área de fronteira, é comum a confusão que se dá entre os que ali residem. Na sua maioria, são pessoas de vida rústica, humilde, sem instrução, que às vezes até se esquecem ou desconhecem a nacionalidade. A moça brasileira residente na fronteira do território brasileiro, casa-se com o paraguaio também residente na fronteira, mas do lado paraguaio, ou vice-versa; os filhos são registrados no Brasil, mas residem próximos à linha divisória terrestre do território paraguaio e assim sucessivamente.

Há também aqueles que residem há muitos anos em cidades brasileiras situadas na faixa de segurança nacional; são casados com pessoa da sua nacionalidade, às vezes não. Têm profissão definida e a exercem no Brasil. Há médicos, dentistas, engenheiros, arquitetos; residem em casa própria, são proprietários de outros imóveis urbanos no Brasil, em outras cidades, ou em outros Estados; têm automóveis; movimentam suas finanças em banco no Brasil, apresentam declaração de imposto de renda, todos seus filhos nasceram no Brasil e são brasileiros e aqui estudam, enfim, às vezes a própria vizinhança desconhece que aquele sujeito não é brasileiro. E não é mesmo,

porque não adquiriu a nacionalidade brasileira, na forma da letra “b”, inc. II, do art. 12 da Constituição Federal.

Seria justo anular o registro ou a matrícula e o registro de uma área de terras rurais adquirida por uma dessas pessoas porque localizada na faixa de segurança nacional? A soberania nacional poderá sofrer algum risco?

Há quem entenda que ditas leis não foram recepcionadas pela Constituição Federal. Defendem a tese amparados no art. 5º, *caput* e seu inciso XXII, que assim dispõem: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII – é garantido o direito de propriedade.”

Diante disso, ao estrangeiro residente no País estão assegurados os direitos fundamentais.<sup>208</sup> Todos têm direito à vida, à segurança, à propriedade.<sup>209</sup> O Prof. Celso Bastos adverte que hoje em dia os direitos para os nacionais e estrangeiros são os mesmos “mesmo em matéria civil”.<sup>210</sup>

Sob essa ótica, a restrição ao direito de adquirir ao estrangeiro residente no País, diferenciando-o do mesmo direito concedido ao brasileiro nato ou naturalizado, afronta ao exercício normal e ordinário do direito de propriedade assegurado no dispositivo indicado na Constituição.

O constitucionalista acima citado leciona que uma vez preenchidos os requisitos, a naturalização é exercício de um direito

---

<sup>208</sup> A respeito: *RTJ* 3:566.

<sup>209</sup> *RT* 657/281.

<sup>210</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*. Obra escrita em parceria com Ives Gandra Martins. Ed. Saraiva, 1989, p. 4. V. II.

vinculado e a incorporação deste direito no patrimônio do naturalizado é automática. Faltando só o requerimento. Mas sobrevindo este, não podem as autoridades negar-lhe a naturalização sob fundamento de ser necessário cumprir qualquer outro pressuposto.<sup>211</sup>

O art. 190 da CF diz que “a lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional”.

Confrontando o disposto no art. 5º, *caput*, apoiado no princípio da isonomia (todos são iguais perante a lei<sup>212</sup>) com o inciso XXII do mesmo artigo (garante ao estrangeiro aqui residente a inviolabilidade do direito de propriedade) e o art. 170, I (que na ordem econômica e financeira estabelece o princípio da propriedade privada, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social), está afastada, para quem defende a inconstitucionalidade das leis, qualquer possibilidade do legislador ordinário criar restrições aos direitos da pessoa física estrangeira residente no Brasil.

Concluem, então, que norma infraconstitucional não poderá limitar esses direitos; só lei da mesma hierarquia constitucional poderá limitá-los.<sup>213</sup>

Por outro lado, entendendo que ditas leis foram recepcionadas pela atual Constituição, sendo, portanto, legítima a

---

<sup>211</sup> *Idem*, p. 558.

<sup>212</sup> “Nenhuma lei ou nenhum ato será constitucional se, direta ou indiretamente, violar ou desvirtuar o princípio fundamental da igualdade.” (Célio Silva Costa. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Ed. Líber Júris, 1992, p. 125).

<sup>213</sup> Celso Ribeiro Bastos em comentário ao art. 190 da CF observa que ele “está a exigir uma disciplinação da matéria mais de acordo com o conteúdo do preceito”. *Ob. cit.*, p. 335. V. VII.

exigência em obter o assentimento do órgão público competente para a aquisição de terras rurais em faixa de fronteira por estrangeiro residente no País, no espírito do autor deste trabalho elas não se dirigem a casos como os acima citados. Ora, se esses estrangeiros residem no Brasil em caráter definitivo e ininterrupto há muitos anos, possuem bons antecedentes, algum, ou alguma é casado com brasileira ou brasileiro, têm profissão definida e a exerce com autorização do órgão que representa a respectiva classe, os filhos são brasileiros, são proprietários de outros imóveis, seus negócios particulares são todos realizados no Brasil, há casos que o imóvel rural está em condomínio e alguns dos condôminos são brasileiros.

Ai está uma questão para a aplicação da equidade que nada mais é do que a justiça do caso particular, destinada a abrandar o rigor excessivo da lei. Ademais, o juiz ao decidir, deve se valer dos princípios gerais de direito (art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil), dentre os quais se pode incluir o repúdio a exigências inúteis e descabidas.

Essas reflexões parecem adequadas não só para a efetividade social do processo e a maneira do órgão judicial conduzi-lo, como também uma demonstração de como se harmonizar o texto da lei material com o sentimento de justiça sem substituição ao legislador. A melhor interpretação da lei é aquela que se preocupa com a solução justa, equânime. Como ensina Barbosa Moreira:<sup>214</sup> “A lei concede ao juiz muitas oportunidades de intervir no sentido de atenuar desvantagens relacionadas com a disparidade de armas entre os litigantes. Todavia, uma coisa é o que reza a lei, outra o que dela retira o órgão processante. Cumpre neste passo prevenir objeção de alguma relevância. A certos espíritos parecerá que uma condução

---

<sup>214</sup> *Por um processo socialmente justo*. Ob. cit., p. 189.

socialmente orientada do feito se presta a incorrer na censura de parcialidade: o juiz estaria fazendo pender indevidamente um dos pratos da balança para o lado em que se situa a parte mais fraca e violando, com isso, o dever de proporcionar a ambas igualdade de tratamento (CPC, art. 125, I). Não uma, senão inúmeras vezes já se proclamou, em fórmulas bem conhecidas, que o verdadeiro critério da igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que desigualam. Também já se repetiu de sobejo que a tentativa de realizar a justiça não pode contentar-se com a igualdade formal, senão que reclama igualdade material. A questão está em que quase todos concordam em tese com essas afirmações, mas se rebelam quando, numa hipótese determinada, se pretende extrair delas conseqüências concretas.”

#### **4.4. Direito ao processo justo.**

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a acionar a jurisdição e que sua demanda seja examinada equitativamente por um tribunal imparcial.

O acesso à justiça compreende o acesso ao próprio direito, pois não seria integral se não se possibilitasse o conhecimento dos direitos que podem ser exercidos e defendidos.

Tão importante quanto o acesso à justiça “é garantir que o processo a que se acede apresenta, quanto à sua própria estrutura, garantias de justiça”,<sup>215</sup> ao assumir o papel de transformação social e dar eficiência ao direito material.

O direito ao processo justo encontra-se expressamente consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São

---

<sup>215</sup> Miguel Teixeira de Sousa. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lex. Lisboa, 1997, p. 39.



José, Costa Rica, de 22.11.1969 e que está em vigor internacional desde 18.07.1978, tendo o Brasil depositado a Carta de Adesão em 25.09.1992, quando, então, comprometeu-se em observar e respeitar os direitos nela consignados.

É indispensável garantir àquele que recorre aos tribunais o julgamento de sua demanda num prazo razoável, por um órgão imparcial, com plena igualdade das partes, o direito ao contraditório, a publicidade do processo e a efetivação do direito à prova.<sup>216</sup>

Entretanto, essas garantias asseguradas pela Constituição Federal e pela Convenção Americana, encontram óbices por diversos fatores que devem ser rompidos para que o acesso seja integral e sem discriminação, compreendendo o ingresso em juízo, a garantia de assistência jurídica pré-processual, o processo justo, devido e legal. O acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa.<sup>217</sup> Os avanços que a Constituição Federal trouxe, como o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, a constitucionalização da ação civil pública, a garantia da assistência jurídica gratuita aos carentes de recursos, a proteção ao consumidor, não são suficientes; é preciso avançar mais para excluir todos os entraves ainda existentes, como as despesas com o processo, que são caríssimas, romper com o formalismo, com a burocracia, com a morosidade, desavolumar o processo, cuidar do tempo e da falta de informação aos jurisdicionados.

Numa sociedade como a brasileira, onde a maioria é analfabeta, vive em estado de miséria, desconhece as funções do judiciário ou tem medo quando é preciso adentrar numa repartição pública, principalmente nas delegacias e fóruns, a informação certamente dará esclarecimentos a respeito dos direitos que tem e os

---

<sup>216</sup> Miguel Teixeira de Souza. Ob. cit., p. 40.

<sup>217</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. Malheiros, p. 33, n. 8.

meios de obtê-los, inclusive os direitos coletivos, tais como o da fábrica poluente, a intensidade sonora acima da permitida, o administrador público que não cumpre com as obrigações legais.

Observando-se: a) a ordem legal dos atos sem imiscuir com formalismos inúteis; b) o diálogo entre as partes e o juiz, obedecendo rigorosamente o contraditório; c) a eliminação das dificuldades econômicas para demandar; d) o juiz como sujeito ativo do processo e não como mero espectador, voltado para solução mais justa e útil, parece um bom começo para realização da justiça e efetivação do acesso ao judiciário.

A Lei n. 9.099, de 26.09.1995 (Lei dos Juizados Especiais) trouxe inovações profundas e desconhecidas até então do tradicional ordenamento, tais como a figura do juiz leigo e do conciliador. Esses juizados, além de possibilitar o acesso dos necessitados (só há despesas com o processo havendo recurso - arts. 54-55<sup>218</sup>), faculta o ingresso em juízo da parte sem assistência de advogado nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9<sup>o219</sup>) e confere ao juiz total liberdade na produção e na valorização da prova (art. 5<sup>o220</sup>), reportando a decidir com justiça e equânime aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (art. 6<sup>o221</sup>).

---

<sup>218</sup> Art. 54: “O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.” Art. 55: “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.”

<sup>219</sup> Art. 9<sup>o</sup>: “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado, nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”

<sup>220</sup> Art. 5<sup>o</sup>: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

<sup>221</sup> Art. 6<sup>o</sup>: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

#### 4.5 Garantia do contraditório.

O contraditório é a garantia da existência do processo justo.<sup>222</sup> É entendido como uma decorrência do princípio da igualdade das partes, dissentindo a respeito Cândido Rangel Dinamarco<sup>223</sup> ao distinguir igualdade de tratamento (art. 125, I, do CPC) projetada nos poderes e deveres das partes no processo e o contraditório, nem sempre ligado à idéia de igualdade quando, por exemplo, a Fazenda Pública e o Ministério Público com prazos maiores do que as outras partes.

Esse princípio possui conteúdo multifário: exige que todos os atos praticados no processo, não importando a sua natureza<sup>224</sup> sejam comunicados à outra parte. A parte tem direito ao conhecimento de que contra ela foi proposta uma demanda, cientificada de qualquer decisão tomada contra ou a favor dos seus interesses, bem como o direito de ser informada e conhecer todas as condutas da outra parte no processo, para que tome posição sobre elas. É o direito de resposta dado aos que participam do processo e são atingidos pelos efeitos do provimento estatal que nele se forma.

O juiz, como dirigente do processo, tem o dever de coordenar a participação dos litigantes, franqueando-lhes os meios. Cabe-lhe estabelecer a organização entre as relações das partes e com ele próprio, juiz, como forma de garantir a defesa, provocando o debate preventivo sobre todas as questões que influenciarão no desenvolvimento e no resultado do processo.

---

<sup>222</sup> O princípio está consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

<sup>223</sup> *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Ed. RT, 1986, p.90-93.

<sup>224</sup> Também no processo de execução, porque a todo momento o juiz é chamado a proferir decisões, seja quanto a penhora, avaliação, hasta etc, e as partes são intimadas para que tomem conhecimento do seu teor.

Ouvindo um, deverá franquear, da mesma forma ao outro. Como preparador do julgamento a ser feito, um dos deveres do juiz é o de exercer o contraditório.<sup>225</sup>

Toda decisão judicial proferida sem a efetiva<sup>226</sup> participação das partes no processo é ilegítima por ferir os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

Isso não implica na obrigação do litigante de reagir. A obrigatoriedade é de informá-lo regularmente da demanda que lhe foi proposta para, querendo, ir defender-se. É uma faculdade que lhe é franqueada, permissiva do diálogo a se desenvolver entre os sujeitos do processo. O não exercício dessa faculdade pode acarretar-lhe em ônus processual.

Componente do contraditório, a informação da existência de uma demanda contra si ou da juntada de um documento qualquer, é que faz verdadeiro o processo. Versando o litígio sobre direito disponível (questão patrimonial, como, por exemplo, a cobrança de uma dívida), não há obrigação de se manifestar; se o citado não apresentar defesa, os fatos afirmados pelo autor presumem-se verdadeiros, o que não acontece nas questões relacionadas a direitos indisponíveis, ao réu preso, ao citado por edital ou com hora certa, casos em que a revelia não induz aqueles efeitos.

Está consagrado constitucionalmente o direito à audiência prévia da parte requerida para posterior decisão. No entanto, há exceções genericamente previstas, nos casos de urgência, como no procedimento cautelar, o juiz só ouvirá o requerido se a audiência não puser em risco a eficácia da providência (art. 804 do CPC); na medida

---

<sup>225</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Malheiros Editores, 2001, p. 213-214, v. I.

<sup>226</sup> Para Cândido Rangel Dinamarco a participação tem de ser efetiva e equilibrada. Efetividade no contraditório significa a real participação das pessoas no processo e equilíbrio a igualdade entre as partes. *Fundamentos do Processo Civil*. Ob. cit., p. 95-99.

cautelar de arresto, a justificação prévia que pode ocorrer sem a presença do requerido (art. 815 do CPC); na ação de manutenção ou reintegração da posse, estando a petição inicial devidamente instruída (art. 928 do CPC), a tutela antecipada (art. 273 do CPC), a tutela específica fundada em obrigação de fazer ou não fazer e a de dar coisa certa ou incerta (art. 461, § 3º e 461-A, § 3º, todos do CPC). Pronunciando o juiz *inaudita altera parte*, logo em seguida se dará àquele contra quem o provimento foi dado, oportunidade de defesa.

O direito à audiência prévia é que justifica todos os cuidados de que devem cercar a citação do réu. A falta ou a irregularidade da citação resulta na nulidade do processo, salvo se por outro meio a parte tomar conhecimento de uma prova ou da própria demanda quando, pelo princípio da instrumentalidade, fica afastada a anulação do processo (art. 214, § 1º do CPC).<sup>227</sup>

O princípio é indicativo das questões de fato ou de direito relevantes da controvérsia, de aplicação em todos os processos formativos de decisões, atuando como determinante para resolução da demanda e também no processo de execução, onde não se pode alijar o devedor do diálogo sempre que o juiz for chamado para decidir.

#### **4.6. Princípios informativos do Processo Civil.**

O processo, diante do conjunto de normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, deixou de ser um instrumento meramente técnico e passou a ser visto como um instrumento político, ou, de forma mais ampla, como um instrumento ético, refletindo, em cada momento histórico, o perfil ideológico do

---

<sup>227</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Ob. cit., p.94. Preceitua o § 1º do art. 214 do CPC: “O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.”

Estado. Sob essa ótica, o Direito Processual, como ramo do Direito Público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional.<sup>228</sup>

A Constituição Federal estabelece regras e diretrizes ao exercício das funções do Estado e a forma da prestação do serviço público da justiça, como corolário do Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão participa ativamente de todas as suas funções, seja nos atos administrativos, na aprovação da lei e das decisões judiciais.

Nesse contexto, desponta a importância do estudo dos princípios que informam o processo, reunindo conteúdo ético e delimitando o espaço de utilização dos instrumentos processuais.

Distinguem-se os princípios informativos dos demais princípios, os chamados princípios gerais ou fundamentais. Aqueles são universais e praticamente incontroversos, “considerados como axiomas, pois prescindem de demonstração. Não se baseiam em outros critérios que não os estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico”.<sup>229</sup>

Os princípios fundamentais ou gerais são aqueles “sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando”.<sup>230</sup> Em outras palavras: esses princípios podem ser aplicados de outro modo, harmonizando-se de acordo com o sistema, ao sabor da época, do tempo e do lugar.

---

<sup>228</sup> “O Direito Processual Civil é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição.” Nelson Nery Junior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

<sup>229</sup> Idem, p. 28.

<sup>230</sup> Nelson Nery Junior. Ob. cit., p. 29.

Reproduzindo doutrina de Manfredini e Mancini, João Monteiro e Aureliano de Gusmão,<sup>231</sup> enumeram os princípios que denominam “princípios informativos” ou deontológicos,<sup>232</sup> induzidos a obedecer um sistema regular de processo. São eles: a) *Princípio lógico* – consiste na escolha de atos e formas que mais se adequam a descoberta da verdade, evitando erros e conciliando a segurança da decisão com a simplicidade das práticas processuais. Sua aplicação é óbvia: a petição inicial precede a contestação; extingue-se o processo, sem julgamento do mérito quando o juiz indeferir a petição inicial (art. 267,I, do CPC); b) *Princípio jurídico* – consiste na paridade de tratamento aos litigantes e justiça na decisão. O processo deve seguir regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico,<sup>233</sup> e permite a publicação dos atos processuais e o amplo direito de defesa. Diz respeito a estabilidade dialética do processo e a obrigatoriedade da motivação das decisões; c) *Princípio político* – consiste em prover os direitos individuais da maior garantia social com o mínimo de sacrifício da liberdade pessoal, evitando quanto possível, as medidas rigorosas, como a prisão civil, no caso de alimentos, os seqüestros e os arrestos. O juiz deve sentenciar, ainda que haja lacuna na lei (art. 126 do CPC) e motivar suas decisões (arts. 131, 165 e 458, II, do CPC e 93, IX, da Constituição Federal); d) *Princípio econômico* – consiste na realização da prestação jurisdicional gratuita, ou pelo menos que não seja muito onerosa e facilite o acesso à proteção jurisdicional dos economicamente necessitados. A esse respeito já foi tratado linhas atrás, lembrando que no Brasil a garantia aos hipossuficientes econômicos vem sendo franqueada há mais de

---

<sup>231</sup> *Apud* Inocêncio Borges da Rosa. *Processo Civil e Comercial Brasileiro*. Livraria do Globo, 1940, p.52-53, v.I.

<sup>232</sup> Situa-se no plano ideal, do dever-ser.

<sup>233</sup> Nelson Nery Junior. *Ob. cit.*, p. 29.

cinquenta anos através da Lei n. 1.060, de 05.02.1950. Consiste, ainda, do ponto de vista processual, a provisão de meios para o acesso e meios para produção da prova, quando necessária. O exame de DNA nas ações de investigação de paternidade é exemplo típico do descumprimento do Estado a esse princípio, ao criar uma infinidade de obstáculos para efetuar o pagamento das despesas com a perícia.

Chiovenda acrescentou a esses princípios o da *economia do juízo*, que consiste numa atividade jurisdicional rápida, propensa à obtenção do melhor resultado e com o mínimo esforço da atividade processual.<sup>234</sup>

Enfatiza a eficiência do processo, obtendo-se o máximo que ele tem para oferecer, com o mínimo de dispêndio de custos, tempo e atividade jurisdicional, em busca de uma sentença justa.

Esse princípio – da *economia do juízo* – é a preocupação de todos que lidam diariamente com o Direito, particularmente com o Direito Processual Civil, centro deste trabalho, na busca incessante de um processo justo, que atenda aos ditames do direito material, servindo-o única e exclusivamente como instrumento de realização da justiça, sem se afastar do direito em litígio, rejeitando as dilações indevidas.

As dilações indevidas incutem nas pessoas um estado de ansiedade, respondendo o Estado por dano moral em favor das partes do processo ou da coletividade, de acordo com a demanda apresentada, que têm direito subjetivo, de caráter autônomo, à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável.

Desses princípios e os demais mencionados neste trabalho, o princípio fundamental, o de maior importância do processo civil é o do devido processo legal, sendo ele o gênero e os demais são

---

<sup>234</sup> Devis Echandía. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., p. 66.



espécies.<sup>235</sup> Consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal “é suficiente para que se tenha por assegurados todos os demais princípios gerais do Direito Processual.”<sup>236</sup> A sua adoção a nível constitucional já é suficiente para assegurar um processo e uma sentença justos.

Entendido como a garantia do pleno acesso à justiça, ou mais precisamente, “acesso à ordem jurídica justa”<sup>237</sup> equivalente a obtenção de uma justiça substancial, aquela justiça célere capaz de propiciar aos titulares de posições jurídicas de vantagem, um provimento justo conforme os valores sociais.

A polêmica sobre a abrangência do princípio não é assunto para o presente trabalho, que se restringe ao aspecto processual. Assim, o princípio nada mais é do que a garantia geral da ordem jurídica, direito a igualdade entre as partes, direito a assistência jurídica integral, enfim, o efetivo acesso à justiça, exercendo a parte seu direito de ação que começa com a demanda, na qual formula um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio, dando causa a formação do processo, com direito de citação e defesa do modo mais amplo possível, tocando ao órgão judicial decidir a lide.

A ampla concepção do princípio, abrangendo também o âmbito material é o que se espera dos doutrinadores e dos tribunais, dando, assim, caráter político ao processo enquanto instrumento de participação efetiva da cidadania.

---

<sup>235</sup> Nelson Nery Junior. Ob. cit., p. 31.

<sup>236</sup> Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. Freitas Bastos, 1998, p.40, v. I.

<sup>237</sup> Kazuo Watanabe. *Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*. Obra coletiva. Revista dos Tribunais, 1985, p. 163.

#### 4.7. Sistemas processuais: acusatório e inquiritório ou inquisitivo.

Costumam os processualistas distinguir a face do desenvolvimento do processo em dois sistemas que denominam: a) *sistema acusatório* ou *princípio dispositivo*; b) *sistema inquisitivo* ou *princípio inquiritório*. No primeiro, reina o contraditório, a escrita e a publicidade. A prova a ser produzida é ônus exclusivo das partes e é o objeto de oposição, vinculando-se a ela o juiz, bem como às confissões ou manifestações, e ainda que o seu convencimento não esteja firmado, impossível deixar de exarar sua decisão, diante do juízo de *non liquet*.<sup>238</sup> Vigora, como regra fundamental mitigada no direito brasileiro, consistindo a vinculação do juiz aos fatos alegados e provados pelas partes. Embora na afirmação dos fatos o juiz dependa inteiramente das partes, não o é com relação à prova, podendo determinar de ofício, as diligências necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC).<sup>239</sup>

O tema será desenvolvido com mais profundidade no último capítulo deste trabalho. No entanto, o princípio não pode mais ser visto como em alguns anos atrás, uma norma absoluta, quando se pensava que o juiz somente poderia determinar, de ofício, diligências instrutórias ao encontrar dificuldades para formar sua convicção quanto à verdade dos fatos, mas a prova seria produzida pela parte interessada.

Contraopondo-se ao princípio dispositivo, o sistema inquisitivo ou princípio inquiritório desenvolveu-se com uma necessidade social, assumindo originariamente forma escrita e

---

<sup>238</sup> Salvatore Satta. *Direito Processual Civil*. Trad. de Luiz Autuori. 7ª ed. Editora Borsoi, p. 198-199, v. 1.

<sup>239</sup> Art. 130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

predominando o segredo de justiça. Confere ao juiz o mais amplo poder de iniciativa probatória sobre os fatos deduzidos pela parte como fundamento da demanda.

Independente da estimação do interesse das partes, há interesse comum, como por exemplo, na anulação de casamento, na qual o interesse é geral pela manutenção ou que a anulação não seja fraudulenta.

Nenhum desses sistemas ou princípios são exclusivos, prevalecendo ora um, ora o outro. Em causas versadas sobre direitos indisponíveis, de família ou questões de estado, com intervenção do Ministério Público, o órgão judicial tem total liberdade para ordenar toda sorte de prova necessária para a descoberta da verdade dos fatos da causa, atuando nesses casos o princípio inquisitivo.

SUMÁRIO: 5.1 Conceito, objeto, finalidade, destinatário e meios. 5.1.1 Conceito. 5.1.2 Objeto. 5.1.3 Finalidade da prova. 5.1.4 Destinatário da prova. 5.1.5 Fontes e meios de provas. 5.2 Ônus da prova. 5.2.1 Origem. 5.2.2 Prova da negação. 5.2.3 Regras sobre o ônus da prova. 5.2.4 Ainda sobre a insuficiência do princípio distributivo do ônus da prova. 5.2.5 O ônus de alegação genérica dos fatos. 5.2.6 O ônus de alegação específica dos fatos. 5.3 A hipótese de inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 5.4 Os poderes do juiz em face da prova. 5.5 Princípio da igualdade processual e o juiz. 5.6 Princípio da imparcialidade do juiz.

## 5. 1 Conceito, objeto, finalidade, destinatário, fontes e meios.

### 5.1.1 Conceito.

O vocábulo deriva do verbo latino *probatio* – prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, demonstração, reconhecimento, argumento, razão, aprovação, confirmação, formação de juízo, e se deriva do verbo *probare* (probo, as, are) – provar, ensaiar, verificar, examinar, demonstrar.<sup>240</sup>

Significa, no sentido jurídico, de um lado, a “ação de provar, de fazer a prova”. Quando, nessa acepção, se diz “incumbir a quem alega fazer a prova do que alegou ou afirmou”. Num segundo sentido, “significa o meio de prova considerado em si mesmo” (testemunhal, documental, pericial etc) e, num terceiro “significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção”.<sup>241</sup>

Toda norma jurídica condiciona a produção de seus efeitos à existência de determinada situação de fato<sup>242</sup>, que nada mais é do que os acontecimentos da vida de onde decorrem conseqüências jurídicas.

---

<sup>240</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Max Limonad, s/d, p. 3, v.1.

<sup>241</sup> Idem, p. 4.

<sup>242</sup> “Toda pretensão tem por fundamento um fato. Extraíndo conseqüências jurídicas desse fato o autor formula o pedido que será objeto de decisão jurisdicional. O autor, inicialmente, afirma um fato, o qual, contudo, pode não corresponder à verdade. Por sua vez, o réu pode opor afirmação contrária, ou negando o fato do autor, ou aduzindo fato diferente, que impede, extingue ou modifica o direito do autor, afirmação essa que também não se sabe se é verdadeira.” (Vicente Greco Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1ª ed. Saraiva, 1996, p.199, v.2).

Os fatos estão no mundo e pertencem ao problema, não à solução. Especificar um fato é uma maneira de explicar o que torna uma frase verdadeira.<sup>243</sup>

Como todo direito origina-se de um fato,<sup>244</sup> quem afirmar que a situação de fato descrita na norma que invoca como fundamento de sua pretensão ou defesa, deve assumir o ônus de provar a existência dessa situação.<sup>245</sup> Portanto, para que um direito possa realizar-se ou se tornar efetivo, é necessária a prova cabal do fato que lhe deu causa. Em outras palavras: A prova estabelece a verdade de um ou mais fatos relevantes para a decisão.<sup>246</sup>

Os fatos sobre os quais versam as afirmações podem ser admitidos ou negados pela outra parte. Quando admitidos, o juiz tem por exato os fatos concordantes afirmados pelas partes; quando não, a carga da afirmação tem uma atividade distinta da mera alegação, cuja finalidade consiste em formar a convicção do juiz acerca da existência ou inexistência dos fatos sobre os quais versam as respectivas afirmações feitas pelas partes.<sup>247</sup>

Podem as afirmações de mérito discutidas pelas partes no processo não virem assentadas em fatos,<sup>248</sup> mas firmadas em direito, nascido,

---

<sup>243</sup> Donald Davidson, citado por José da Costa Pimenta, in *A lógica da sentença*. Livraria Petrony, LDA, 2003, p. 272.

<sup>244</sup> Para Ignacio Rodríguez Papic, não há direito que não provenha de um fato e precisamente da variedade de fatos procede a verdade de direitos. *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de mayor cuantia*. 5ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 79. “Porque todo direito se origina de um fato: *ex facto oritur jus*.” (Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial. Parte Geral*. Max Limonad, s/d, p. 97, V.I).

<sup>245</sup> O STJ, através de sua 4ª Turma, entendeu que incumbe ao juiz analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquirir a quem competiria o ‘onus probandi’. Diante dessa avançada análise, o julgador tomará em consideração na formação de seu convencimento, toda a prova dos autos, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido. (Resp 11.468-0-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 01.04.1992. DJU de 11.05.1992, p. 6.437).

<sup>246</sup> Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*. Trad. De Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, 2002, p. 89.

<sup>247</sup> Lino Enrique Palácio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo-Perrot, 2000, p. 392.

<sup>248</sup> “Nem todas as afirmações de fato que são feitas no processo têm necessidade de ser provadas com o mesmo rigor. Em geral, o máximo rigor é exigido para a prova dos fatos relativos ao mérito da causa: eles devem ser plenamente provados, e isso se entende no sentido de que – ainda que com limitações inerentes a todo o juízo histórico – é necessário dar ao juiz uma convicção segura quanto à verdade do fato que foi alegado no processo, de modo que o juízo de verossimilhança se converta subjetivamente em certeza

por exemplo, numa questão jurídica,<sup>249</sup> como na ação declaratória de inconstitucionalidade de lei, ou em direito e em fatos. Assim, pode tratar-se de demonstrar da existência de um fato, ou de um direito, ou de ambos, “mas sempre se lança mão de dois elementos, pois que o fim da prova do fato é a realização de um direito, e, quando tratamentos da existência do direito, é mister conhecer a existência dos fatos que lhe deram origem”.<sup>250</sup>

Quando a questão suscitada for exclusivamente de direito, como a inexistência de débito fiscal por inconstitucionalidade de lei, ou invalidade de uma cláusula contratual, por exemplo, deve-se ter em mente que antes da necessidade da interpretação ocorreu um fato, exatamente esse fato que deu causa a interpretação da lei, ou a invalidade do contrato. Nesses casos, a questão a ser dirimida é exclusivamente de direito: a lei é ou não inconstitucional; a cláusula contratual é ou não válida. Mas o objeto não deixa de ser um fato: o fato da existência, da vigência e do teor da lei instituindo ou exigindo o imposto; o fato que deu causa a invalidade da cláusula do contrato.

Sendo a questão discutida pelas partes unicamente de direito, como no exemplo, o juiz resolvê-la-á logo após a fase postulatória (salvo se o direito sobre o qual versa a causa admite transação<sup>251</sup>), porque o

---

propriamente dita.” Enrico Tullio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil*. Intelectus Editora, 2003, p.86, v. 2.

<sup>249</sup> Diz-se que uma questão é quase que “exclusivamente jurídica, *se o foco de atenção do raciocínio do juiz estiver situado em como* deve ser entendido o texto normativo, já que estariam ‘resolvidos’ os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e *como* ocorreram) e o mecanismo de subsunção”. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 156. A mencionada autora cita, em nota de rodapé (Ob. cit., p. 156-157, nota 5), alguns exemplos retirados da jurisprudência, de quando o fenômeno ocorre: 1) Na ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, estes serão devidos a partir da citação, da liminar ou da sentença. O STJ entendeu devidos, os alimentos, a partir da sentença que os concedeu (REsp 36066/8-SP, relator Ministro Waldemar Zveiter, j. em 27.03.1995 (RSTJ 77/160); 2) O prazo prescricional de que cuida o art. 178, 10, IX, do CC/1916 aplica-se ao direito à reparação do dano, decorrente do desrespeito ao direito do titular da marca, mas não à ação em que se quer fazer cessar a violação. Questão tipicamente de direito em matéria tributária é considerar legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, quando da venda de veículos automotores (regime de substituição tributária), REsp 56666-3-SP, relator Ministro Hélio Mosimann, j. em 20.06.1995, RJSTJ 87/17.

<sup>250</sup> Francisco Augusto das Neves e Castro. *Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis*. Obra embasada na 2ª ed. editada em 1917, atualizada por Pontes de Miranda. Servanda, 2000, p.35. No entanto, na ação declaratória de inconstitucionalidade de lei não há questão fática a ser discutida.

<sup>251</sup> Direito transacionável, por exemplo, em demanda declaratória de invalidade de cláusula contratual. Neste caso, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de trinta dias (art. 331 do CPC). Quis o

fato pouco importa para decisão do mérito. O que importa é desvendar se o tributo foi ou não recepcionado pela Constituição. Recaindo as questões sobre fatos, de regra exigem comprovação<sup>252</sup>, caso em que, não se conciliando as partes, o juiz designará audiência de instrução e julgamento (§ 2º, do art. 331 do CPC).

A prova a ser demonstrada refere-se às afirmações sobre fatos<sup>253</sup>, e não ao direito.<sup>254</sup> O direito, quando escrito, não carece de prova, porque o juiz tem o dever de conhecê-lo, exceto quando forem invocados direito municipais, estaduais, estrangeiros ou consuetudinários, impondo a lei, nesses casos, e quando assim determinar o juiz, a prova do seu teor e da sua vigência (art. 337 do CPC).<sup>255</sup>

Sendo esses direitos do conhecimento do juiz, pode aplicá-los de acordo com a regra geral; quando não, incumbe às partes assistir a ele na busca direta para encontrar as normas aplicáveis.

Provar, para o léxico,<sup>256</sup> é demonstrar com provas. Dar testemunho ou prova de. Submeter a prova; testar, examinar. Conhecer por experiência própria; experimentar, sofrer, padecer. Experimentar, verificar, degustar. O que resulta provado é bom, é correto, é autêntico.<sup>257</sup>

O vocábulo é empregado em várias acepções. A variedade de conceitos reflete-se na terminologia científica, e, pois, no Direito,

legislador desafogar o Judiciário, o que parece ineficiente. Dada uma infinidade de razões e inexistindo sanção, as partes nem sempre comparecem à audiência.

<sup>252</sup> De regra, porque o fato confessado fica excluído da apreciação judicial, devendo o juiz tão-somente qualificá-lo juridicamente (art. 348 do CPC).

<sup>253</sup> É a lição de Santiago Santís Melendo: “os fatos existem. O que se prova são as afirmações que poderão a eles referir-se. A parte – sempre a parte, não o juiz – formula afirmações – real ou fictícia – sobre o que sabe; não pede ao juiz que averigüe, mas lhe diz o que averiguou, para que o juiz constate, comprove, verifique (esta é a expressão exata) se as afirmações coincidem com a realidade.” In *Natureza da prova*. Revista Forense n. 246, p. 94.

<sup>254</sup> São objeto de prova apenas os fatos controvertidos. Enrico Tullio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 89.

<sup>255</sup> Essa prova pode ser feita por meio de certidões, publicações reconhecidas, como no Diário Oficial e compilações. O direito estrangeiro pode ser feito por textos legais em livros de doutrinadores, devidamente traduzidos.

<sup>256</sup> *Dicionário Larousse Ilustrado da Língua Portuguesa*. Larousse do Brasil Participações Ltda, 2004, p. 750.

<sup>257</sup> Roland Arazi. *La prueba em el proceso civil*. Ediciones La Rocca, 1998, p. 31.

particularmente no Direito Processual, onde inclui o estudo do objeto, dos meios e fontes, da carga e da valoração da prova.<sup>258</sup> É geralmente utilizado para designar os distintos meios com os quais pode acreditar-se na existência de um fato. Compreende uma complexa atividade dos sujeitos e a existência ou as qualidades de pessoas ou coisas.<sup>259</sup>

Dentro dessa variedade, pode-se esboçar um conceito de prova como sendo o instrumento colocado à disposição das partes e que se desenvolve durante o transcurso do processo pelos meios admitidos ou impostos pela lei, com a finalidade de persuadir uma verdade no espírito de quem a aprecia. É o conjunto de modos ou operações (meios de prova) do qual se extraem a raiz da fonte que proporciona o motivo gerador da convicção judicial (argumentos de prova).<sup>260</sup>

### 5.1.2 Objeto.

Objeto da prova são as afirmações sobre fatos referidos pelas partes.<sup>261</sup> Os fatos afirmados podem ou não existir,<sup>262</sup> recaindo a quem os afirmou o ônus de provar a existência ou inexistência deles. Pode ser qualquer fato, desde que sua demonstração tenha interesse para o processo,

---

<sup>258</sup> Roland Arazi. Ob. e p. cites.

<sup>259</sup> Idem.

<sup>260</sup> Lino Enrique Palácio. Ob. e p. cites.

<sup>261</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense, 2003, p. 5, v. IV. Nas diversas culturas jurídicas é corrente o entendimento de que o objeto da prova, ou sua finalidade fundamental, é o que está provado no processo. Michele Taruffo. Ob.cit., p. 89.

<sup>262</sup> Em regra, o objeto da prova é a afirmação de um fato. Há, no entanto, certos casos, que se deve provar um fato negativo, isto é, um fato afirmativo contrário, considerando que em toda negação, implicitamente está compreendida uma afirmação. Bem de se ver que no Direito Pátrio, ao autor incumbe a prova do fato que constituiu o direito que alega ter. Ao réu incumbe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito alegado. É a chamada exceção material, a qual, no plano do direito material, a despeito da existência do fato constitutivo, o réu tem o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor.



embora nem todos devem ser necessariamente provados.<sup>263</sup> Os admitidos, os notórios, os evidentes,<sup>264</sup> independem de prova.

A parte formula afirmações reais ou fictícias sobre o que sabe e o juiz verifica e constata se aquelas afirmações coincidem com a realidade.<sup>265</sup> Produz-se prova sobre as afirmações de fatos controvertidos, articulados e introduzidos pelas partes no processo, convenientes para a decisão da causa. Fatos afirmados, mas irrelevantes ou impertinentes para resolver as questões sobre as quais versam a lide, não dependem de prova.

Aos fatos inconvenientes, irrelevantes ou impertinentes, acrescenta o Código de Processo Civil no art. 334 outros excluídos de prova:

a) Os *atos notórios*, definidos por Calamandrei como aqueles que entram naturalmente no conhecimento, na cultura ou na informação normal dos indivíduos, com relação ao círculo social, ou a um lugar, ou a momento determinado, na oportunidade em que ocorre a decisão. São aqueles de tal maneira públicos e conhecidos de todos, que a sua existência não possa por

---

<sup>263</sup> Em não havendo controvérsia (não contestados e reconhecidos) sobre os fatos alegados pelos litigantes, a questão, em regra, se reduz à mera aplicação do direito.

<sup>264</sup> Evidentes ou intuitivos são as verdades axiomáticas próprias das várias ciências: “seria absurdo o dever de se provar ao juiz que não há efeito sem causa, que o calor dilata os corpos, e coisas semelhantes. Nesse sentido são evidentes os fatos que chegam ao juiz pelas fontes comuns do saber humano, servindo-se livremente dos meios e dos métodos aos quais sempre recorre a ciência.” (Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Ob. cit., p. 224, v. I).

<sup>265</sup> Santiago Santis Melendo. *Natureza da prova*. Revista Forense 246/94. No escólio de Enrico Tullio Liebman, “as partes, quando propõem ao juiz suas demandas e discutem seus fundamentos, fazem declarações cujo conteúdo consiste sempre no afirmar fatos e deduzir deles conseqüências jurídicas. Mas o juiz nada sabe da verdade ou falsidade dos fatos afirmados pelas partes. Deverá portanto proceder à verificação da exatidão das afirmações que lhe foram feitas, como parte necessária da cognição da causa; e as provas são os meios para fazer esta verificação. A percepção e valoração das provas permitirão ao juiz formular um juízo de caráter histórico, dirigido a reconstruir com a maior segurança e exatidão possíveis aquele complexo de eventos do passado que forma a hipótese de fato real da causa singular. Naturalmente, por maior que possa ser o escrúpulo posto nesta investigação da verdade, e por copioso e relevante que seja o material probatório disponível, o resultado a que o juiz poderá chegar conservará sempre um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não já da certeza lógica, e portanto se tratará sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito elevada, de verossimilhança (como é próprio de todos os juízos históricos). A este motivo de relatividade, que é ínsito em todo o juízo sobre a verdade histórica do fato, um outro se acrescenta, que é próprio do processo civil e é devido ao modo e aos limites com que se colhem e se avaliam as provas, em aplicação do princípio dispositivo e das regras da prova legal. De sorte que a declaração de certeza dos fatos se forma sempre em função dos elementos de prova existentes nos autos e sua maior ou menor completude. Mas, do ponto de vista jurídico, estes inevitáveis motivos de relatividade são superados pela decisão concreta, a qual adquire eficácia vinculante e imutável, realizando assim sua função de certeza, sem mais depender da intrínseca validade das premissas lógicas que levaram à sua formação”. *Manual de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 80-81.

ninguém ser posto em dúvida. Comportam gradações, pois o conhecimento geral pode ser de todo o mundo, ou restrito ao povo de um país, de um Estado-membro, de uma região etc.

O conhecimento do fato não precisa ser absoluto. A possibilidade de verificar sua existência mediante o auxílio de uma simples informação é o bastante, como por exemplo, a consulta a um calendário para comprovar em que dia da semana caiu certo acontecimento histórico. Mas o que se passa no interior de um edifício particular não é, em regra, notório; já o que ocorre no interior de um edifício público, onde é costumeiramente visitado, pode o juiz aceitar como notório.

Não se requer a percepção direta do fato.<sup>266</sup> A divulgação de um acontecimento histórico pelos meios respectivos é suficiente para revesti-lo de notoriedade. A Segunda Guerra Mundial é um fato histórico transcendental; o *impeachment* do Presidente da República, ocorrido em 1992, é um fato de conhecimento comum do povo.

Mortara<sup>267</sup> diz que “não basta que o juiz tenha conhecimento pessoal de um fato para que se julgue autorizado a considerá-lo notório; é preciso, além disso, que este conhecimento seja comum a um número bastante considerável de pessoas, em um círculo social bastante extenso, para que não se deva atribuí-lo à cultura peculiar, ou a relações pessoais do juiz, mas seja lícito presumir que o fato seria conhecido também e qualquer outro juiz que houvesse ocupado o seu lugar. Só então a notoriedade pode fazer as vezes de prova, pois que o seu caráter geral por si mesmo já serve de garantia de que a convicção do juiz se formará, tendo por base uma verdade objetiva, e não um fato que ele simplesmente afirma ser verdadeiro e que como tal diz conhecer”.

Por ser notório, nenhuma dúvida pode haver sobre sua existência e é exatamente por isso que a produção de sua prova é supérflua.

---

<sup>266</sup> Lino Enrique Palacio. Ob. cit., p. 394.

<sup>267</sup> Citado por Inocêncio Borges da Rosa. *Processo Civil e Comercial Brasileiro*. Livraria do Globo, 1940, p. 463, v. 1.

Quando essa notoriedade for especial, isto é, restrita aos que são versados em determinada disciplina técnica ou científica e o juiz não possui a necessária cultura especializada, pode socorrer-se de um perito.

b) *Os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária.* Reconhecidos explicitamente como verdadeiros na contestação, na réplica, ou em qualquer manifestação que seja feita nos autos, impõe ao juiz o dever de aceitar, sem mais exigência, como ocorridos, não mais tendo aplicação os dispostos nos artigos 130 e 131 do CPC e 212, I, do Código Civil.

A regra contém exceções. Versando o litígio sobre direitos indisponíveis, prevalecem os poderes do juiz sobre as faculdades dispositivas das partes e nesse caso não comporta transação, confissão ou reconhecimento do pedido. Suas características básicas são a inalienabilidade, intransigibilidade, irrenunciabilidade e impenhorabilidade.

c) *Os fatos admitidos no processo como incontroversos.* Como consequência do princípio dispositivo, o juiz deve aceitar a existência daqueles fatos afirmados no processo por uma das partes e não colocados em dúvida pela outra. São os fatos não controvertidos, não objetados, não impugnados (art. 302 do CPC), ou não contestados (art. 319 do CPC).

A admissão expressa das afirmações, implica em confissão; o silêncio, ou a resposta evasiva da parte que a elas deve se opor autoriza ao juiz estimá-las como reconhecimento da verdade, pois são tidos pela lei, pelo menos em princípio, como existentes. Existentes, mas não necessariamente verdadeiros. A dispensa legal da produção da prova autoriza o julgamento antecipadamente da lide, desde que seja aceita a afirmação do autor. O juiz não se encontra vinculado de forma inexorável a essa afirmação, podendo, ainda que não transformada em questão, facultar a produção de prova.<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> “Os fatos alegados por uma das partes e não impugnados pela outra não se transformam, só por isso, por um passe de mágica, em fatos verdadeiros, reais, legítimos; podem ser irreais, falsos ou ilegítimos, mas a

d) Os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Moacyr Amaral Santos<sup>269</sup>, classificando as provas quanto ao seu objeto, divide-as em diretas e indiretas.<sup>270</sup> As primeiras referem-se diretamente ao fato probando, ou consistem no próprio fato da demanda; há contato imediato entre o juiz e o fato a provar. É inevitável o contato entre o juiz e a realidade acerca do que deve julgar, ou, em outras palavras: o juiz percebe algo com os próprios sentidos.<sup>271</sup> O meio de conhecimento limita-se a uma atividade do juiz: a percepção do fato a provar, isto é, o fato submetido à percepção do juiz é meio para seu conhecimento. Assim, exemplifica o mestre: “a testemunha narra o fato conforme viu ou ouviu; o perito descreve os acidentes do terreno, ou o estado de ruína do prédio; o devedor confessa a dívida; o documento representa o ato que por ele se constituiu. Em todos esses casos o juiz, que é o destinatário da prova, tem a idéia dos fatos sem necessidade de qualquer dedução, pois lhe são apresentados objetivamente. As segundas não se referem diretamente ao fato probando. Demonstram fatos secundários ou circunstanciais, dos quais, por trabalho de raciocínio, extrai-se a convicção da existência do fato principal. Muitas vezes, entretanto, os sujeitos da prova, isto é, a pessoa que afirma, ou o documento ou a coisa que atestam, não se referem ao fato probando, mas a um outro fato que com aquele se relaciona, e de cujo conhecimento poder-se-á, através do raciocínio, chegar ao conhecimento do primeiro. Nesse caso, o juiz conhecerá o fato probando *indiretamente*. Tendo por ponto de partida o fato conhecido (fato auxiliar, fato base, *factum probatum*), caminha o juiz, por

---

incontrovérsia em torno deles torna dispensável em princípio, a produção de qualquer prova, mercê da inexistência de questão fática que a exija, podendo o juiz, diante da incontrovérsia, julgar antecipadamente o pedido.” (2º TACSP. Resc. Ac. Câm. N. 441.428-00/9, 4º Gr., Rel. Juiz Antonio Marcato. J. 23.4.96, RT 732/276).

<sup>269</sup> *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Ed. Saraiva, 1999, p. 493. Essa classificação é de Jeremias Bentham ao sistematizar a matéria referente a prova em seu Tratado das Provas Judiciárias.

<sup>270</sup> Para Francesco Carnelutti a diferença entre prova direta e indireta é de estrutura e não de função, pois o processo probatório indireto é complexo, composto de vários elementos, enquanto que o processo direto é simples. (*La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. 2ª Ed. Depalma, 1982, p. 59.

<sup>271</sup> Francesco Carnelutti. Ob. cit., p. 53.

via do raciocínio e guiado pela experiência, ao fato por provar (fato principal, *factum probandum*). A prova assim obtida se diz *indireta*, ou, na técnica de Carnelutti, *crítica*". Esta é a prova de indícios.

Um fato é certo quando o espírito se convence da sua existência e para certificar-se dessa existência, o juiz socorre-se dos meios de prova. Ou apreende o fato com seus próprios sentidos, indo pessoalmente ao local onde se encontra a pessoa ou coisa para examiná-la, como na inspeção judicial (arts. 440-442 do CPC) e o interrogatório do interditando (art. 1.181 do CPC), ou, sendo o fato passado, sem que seja mais possível ser diretamente percebido, utiliza-se da reprodução feita pela própria parte e pelas testemunhas oculares (aquelas que presenciaram o fato), representado ou traduzido pela perícia ou pelo documento. A conveniência da inspeção só é possível com fatos presentes, ou duradouros ao tempo do processo, como no esbulho possessório (art. 921, II, do CPC), e os transeuntes, aqueles que se desenvolvem no curso do processo, como no atentado (art. 879 do CPC).

Quando os meios probatórios não se referem diretamente ao fato por provar, mas a um outro fato que se relaciona com aquele, diz-se que são os indícios; o juiz conhece o fato por circunstâncias, ou indiretamente, através de outro fato. Há, portanto, dois fatos: 1) um verificado ou conhecido, do qual se infere, por concatenação de causa e efeito; 2) outro desconhecido. Em outras palavras: Tem-se um fato auxiliar (sabido), pelo qual, através de um raciocínio lógico, chega-se ao fato por provar (fato principal, probando). O fato auxiliar constitui premissa de um silogismo, cuja conclusão dirá a respeito dos fatos dos autos. O protesto de uma cambial indica o mau estado dos negócios do devedor.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Max Limonad, 1955, p. 330, v. V.

Não se confundem indícios com presunções.<sup>273</sup> Indícios, em sentido lato, são sinais, vestígios, rasto, pegada, fatos ou circunstâncias que deixam entrever alguma coisa, sem a descobrir completamente. É um fato conhecido, suscetível de conduzir por inferência, a existência de outro fato desconhecido, ou que se quer conhecer.

Presunção, segundo Pothier<sup>274</sup>, é a conseqüência que a lei ou o juiz deduz de um fato conhecido para afirmar um fato desconhecido.<sup>275</sup> Partindo de um fato determinado, ou básico, e de conformidade com a experiência referente a ordem natural das coisas, é possível afirmar a existência de um fato que se deseja provar.<sup>276</sup>

“Presunção é ilação – fenômeno psicológico de apreensão, certa ou errônea, de alguma realidade.”<sup>277</sup> Indício é fato conhecido que pode gerar a presunção ou a comprovação de outro fato.

Os fatos, por mais transitórios que sejam, geralmente deixam vestígios e estes, conhecidos, poderão permitir o conhecimento de outros fatos que necessariamente se relacionam. Esses vestígios são os indícios, porque indicando a existência de um fato, como causa, certo é que outro existiu, como efeito, provavelmente o fato desconhecido que se pretende conhecer e provar.<sup>278</sup>

O indício, por si só, no seu estado potencial, não tem valor; equivale a elemento probatório quando serve de fundamento à operação mental que leva ao espírito a idéia do fato que se quer provar.

Adverte-se, todavia, que o silogismo estrutural das provas indiretas é de natureza ordinária, isto é, a conclusão não será evidente.

---

<sup>273</sup> Nicola Framarino Dei Malatesta. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2ª ed. Bookseller, 2001, p.199.

<sup>274</sup> Citação feita por Lino Enrique Palacio. Ob. cit., p. 509.

<sup>275</sup> É mister pôr em exercício a razão, a fim de se chegar ao descobrimento dos fatos cuja existência se investiga, segundo Neves e Castro. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Ed. Servanda, 2000, p. 579.

<sup>276</sup> Lino Enrique Palacio. Ob. e p. cit.

<sup>277</sup> Jônatas Milhomens. *A prova no processo*. Ed. Forense, 1982, p.166.

<sup>278</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Ob. cit., p. 337-338.

Quando, por exemplo, na forma de um silogismo, a premissa maior é regida por uma lei natural, impossibilitando que as coisas aconteçam de modo diferente, a conclusão será uma certeza absoluta. Todos os homens são mortais; José é homem; logo, é mortal, não se tem uma presunção, mas o resultado de uma evidência.

Se um fato existe, há probabilidade que também outro exista, aquele que se deseja provar. Mas inexistindo o fato, a conclusão, conquanto verossímil, poderá acontecer que o contrário é que seja verdade.

Ordinariamente acontece que o credor, ao receber o que lhe é devido, restitui a cambial ao devedor, como forma de quitação ou liberação do débito. Raciocinando-se com os fatos – restituído voluntariamente o título – presume-se que o credor tenha querido liberar o devedor.

O fato presumido resulta daquilo que na maior parte dos casos corresponde à verdade. A presunção estabelece *probabilidade* maior ou menor da existência ou inexistência do fato probando<sup>279</sup>, desde que o contrário não seja provado.

Presunção é considerada uma espécie de prova indireta, constituindo raciocínios, deduções, métodos intelectuais para chegar à prova no sentido subjetivo e não propriamente meio de prova.<sup>280</sup> O Código Civil, seguindo a trilha do Código de 1916, refere-se à presunção como meio de prova (art. 212, IV), mas a doutrina assim não a reconhece, por permitir apenas uma suposição em torno do fato a partir do processo mental desenvolvido, sem fornecer informação específica dele.<sup>281</sup> Essa atividade do pensamento não limita a liberdade do juiz, tanto que a conclusão do silogismo varia segundo a maior ou menor facilidade de percepção. Um juiz poderá

---

<sup>279</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Ob. cit., p. 345; Francesco Carnelutti. *La prueba civil*. Ob. cit., p. 97.

<sup>280</sup> João Batista Lopes. *A prova no Direito Processual Civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.59. Jônatas Milhomens. *A prova no processo*. Ob. cit., p.166. Antônio Cláudio da Costa Machado. *Código de Processo Civil Interpretado*. 4ª Ed. Manole, 2004, p. 467.

<sup>281</sup> João Batista Lopes. Ob. e p. cits. Fábio Guidi Tabosa Pessoa. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. Ed. Atlas, 2004, p.1013.

convencer-se de que a testemunha mesmo tendo relação de interesse com uma das partes, diz a verdade, e extrairá do depoimento a conclusão de que o fato afirmado é certo; outro poderá extrair, do mesmo depoimento, conclusão contrária.

O reconhecimento do caráter probatório ou não das presunções é assunto que melhor se enquadra no subitem referente aos meios de prova.

Classificam-se as presunções em *simples*, ou *comuns*, ou de *homem*, e *legais*, ou de *direito*. Estas, por questões de política legislativa, se subdividem em absolutas (*juris et de jure*) – não admitem prova em contrário – e relativas (*juris tantum*) – admitem prova em contrário.

Nas presunções *simples*, *comuns* ou de *homem* o juiz faz o raciocínio e estabelece a presunção. Não se sujeitam a regras preestabelecidas; a dedução de um fato conhecido para chegar a um desconhecido é trabalho mental que se forma na consciência do juiz, segundo seu prudente critério e guiado pela experiência, no qual assenta sua convicção para presumir a existência de um outro fato em consequência daquele. Esse raciocínio, não é exclusivo do juiz; qualquer sujeito criterioso, fora do processo, também o faria.

O Código de Processo Civil não tratou expressamente dos indícios e presunções.<sup>282</sup> Dispõe o art. 335 que “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

O dispositivo é um complemento da regra estabelecida no art. 131, que consagra o princípio do livre consentimento sobre a apreciação

---

<sup>282</sup> O Código de Processo Civil Argentino enuncia diversos requisitos que condicionam a força probatória da presunção simples ao dispor em seu art.163, inc. 5º, § 2º, que “las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se fundem em hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.



das provas. Assim, na disposição acima, quando no processo se tenha de enfrentar prova indiciária, o juiz está autorizado a aplicar regras de experiência.<sup>283</sup>

O Código Civil Brasileiro dispõe no art. 212, IV, que o fato jurídico pode ser provado mediante presunção e o art. 230 ressalva que nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal só são admitidas as presunções legais.

Nas presunções legais<sup>284</sup> a lei substituindo-se ao juiz, em vista de determinados e provados fatos, infere outro, que estabelece como certo, inspirando-se no que comumente acontece. Decorre do conceito, como um dos característicos da presunção legal, que ela não existe *sine lege*. São de duas classes: a) presunções condicionais, também chamadas *relativas*, ou *juris tantum*; b) presunções absolutas, ou *juris et de jure*. Parte da doutrina reconhece a existência de uma prescrição intermediária: são as chamadas *prescrições mistas*.<sup>285</sup>

As primeiras – *juris tantum* – admitem prova em contrário. O fato é estabelecido expressamente pela lei como verdade, enquanto não houver prova em contrário; as segundas – *juris et de jure* – não admitem prova em contrário. Nestas, a lei previamente firmou o fato como verdadeiro, ainda que haja prova em contrário, tal como a coisa julgada.<sup>286</sup>

Na categoria das *prescrições mistas*, admite-se prova em contrário, assim como nas *juris tantum*, mas não qualquer prova, como nestas,

---

<sup>283</sup> Para o Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra a disposição contida no art. 335 do CPC é inteiramente desnecessária, pois “as regras da experiência comum se integram à cultura das pessoas e constituem pressuposto de sua visão das coisas e de suas decisões práticas na vida. Em consequência, não pode o juiz deixar de levá-las em conta no desempenho de suas funções, salvo quando haja norma jurídica específica que o impeça, notadamente, no campo do direito probatório, as disposições relativas à prova legal”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed. Forense, 2003, v. IV, arts. 332 a 475, p. 30-31).

<sup>284</sup> As presunções, comuns ou legais, não se diferem no tocante ao conteúdo lógico, pois tanto numa como na outra se habilita o juiz a atingir a certeza relativamente ao fato probando. Bem de ver – não a certeza absoluta – mas a certeza moral, que admite a possibilidade do contrário. (Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no Cível e Comercial*. Ob. cit., p. 366, v. 5).

<sup>285</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no Cível e Comercial*. Ob. cit., p. 367; Carlos Lessona. *Teoria General de la prueba em Derecho Civil*, p. 110-111, n. 56, v. 5.

<sup>286</sup> Para a Lei Civil Espanhola a sentença somente galga a presunção de coisa julgada quando submetida ao júízo de revisão (Código Civil, art. 1.251).

e por isso não se confundem. Podem ser contrariadas por meio de provas taxativamente determinadas pela lei, como por exemplo, a regra estabelecida no art. 1.545 do Código Civil: “O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.”

A lei não admite prova do casamento pela posse do estado de casados. Abre, porém, duas exceções à regra: permite a prova do casamento pelo estado de casadas de pessoas que não possam manifestar vontade, ou que já faleceram, presumindo a existência do casamento. Essa presunção não pode ser contestada em prejuízo da prole comum, “salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado”. Em outras palavras: a presunção não será elidida por qualquer prova; só com a certidão do Registro Civil é que se pode impugná-la.

Do exame da presunção legal, seja de que categoria for - *juris tantum*, *juris et de jure* ou *mista* - diz respeito à teoria do ônus da prova, estudo que será feito no subitem seguinte. Todavia, importa reparar que tanto uma como a outra dispensa a quem a invoca do ônus de provar o fato presumido, isto é, em toda presunção legal é tido como verdade o fato presumido. Na primeira – *condicional* ou *relativa* – e na última – *mista* - a lei estabelece como verdade até prova em contrário. Elas podem ser combatidas e elididas por prova em contrário. Na presunção *juris et de jure*, a verdade presumida é indestrutível, mas o fato base tem de ser provado pelo favorecido, sem embargo de tratar-se de presunção absoluta.

As presunções são instrumentos de verificação dos fatos e é através delas que se adquire convicção de certos fatos desconhecidos. São constituídas de três elementos: a) o fato conhecido, fato base, ou auxiliar; b) o

fato desconhecido; c) o nexo de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido.

O fato base - o indício - é indispensável que esteja plenamente provado, pois é da essência e fundamento da presunção que ela parta de um fato conhecido e provado. Deste, inferem-se os fatos desconhecidos, havidos como certos pela presunção. A prova desse fato base é ônus do beneficiário da presunção.

Assim, quando uma das partes alegar em seu favor a presunção de que o negócio celebrado está tacitamente confirmado (art.174 do Código Civil), cabe-lhe provar: que o devedor conhecia o vício e que, apesar disso, cumpriu, ainda que em parte, sua obrigação. Não provados estes fatos, não surgirá à alegada presunção. Do exposto, depreende-se que: a) quem invoca a presunção não deve provar o fato presumido pela lei, mas; b) deverá provar os fatos nos quais a lei funda a presunção.

### **5.1.3. Finalidade da prova.**

Quando uma pretensão deixa de ser satisfeita por quem podia fazê-la, o titular do direito violado ou ameaçado pode reclamar as garantias sociais de que a lei o cerca, utilizando uma demanda que uma vez proposta, nasce a causa<sup>287</sup>, envolvendo as partes ativa e passiva. A demanda faz nascer um processo, que é uma entidade complexa, onde se praticam uma “série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa”.<sup>288</sup>

---

<sup>287</sup> Causa designa o próprio conflito posto em juízo. (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Malheiros Editores, 2001, p.106, v. 2).

<sup>288</sup> Idem, p. 25.

Como diz José Roberto dos Santos Bedaque, “da dialética desenvolvida pelas partes e coordenada pelo juiz, surge o instrumento que possibilitará a formulação e atuação da regra jurídica para o caso concreto”.<sup>289</sup>

A garantia dessa tutela está consagrada no princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), pondo em evidência que a toda afirmação de direito corresponde a uma demanda, que o assegura.

A afirmação desse direito violado ou ameaçado origina-se sempre da alegação de um fato. A questão de fato deve ser provada, porque é por meio dessa prova que se chega a uma convicção, resultando numa sentença proferida pelo órgão judiciário, restaurando em sua inteireza e plenitude, o direito ameaçado ou violado.

De relevância jurídica é o fato, que nada mais é do que o relato ou representação do evento (fato da vida), a ser verificado em concreto que realmente ocorreu e gerou conseqüências jurídicas, amoldando-se ao *facti species*, por encontrar correspondência com a hipótese normativa.

Em conseqüência, a prova visa, como fim último, levar ao espírito do juiz, que é o seu destinatário, a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado. A finalidade da prova é, então, convencer o juiz da existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes.<sup>290</sup>

“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (art. 131 do CPC).

Esse é o princípio da livre convicção motivada ou persuasão racional adotado pelo Código, contrapondo-se ao sistema da prova legal ou

---

<sup>289</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. RT, 2001, p. 71.

<sup>290</sup> Moacyr Amaral Santos. Ob. cit., p. 8-9, v.1; Jônatas Milhomens. Ob. cit., p. 5.

tarifada e do juízo pela consciência ou íntima convicção. No primeiro (sistema da prova legal ou tarifada), que remonta as ordálias, ou juízos de Deus, a lei assinala ao juiz o valor que deve dar a cada meio probatório. Esse valor prévio é imposto ao juiz não deixando margem de liberdade para sua convicção íntima ao caso concreto que deve julgar.<sup>291</sup> Constitui um antigo sistema, atualmente desprezado pela doutrina, mas que as legislações modernas não têm conseguido desprender-se totalmente. Em nosso direito encontram-se resquícios, dentre outros, nos artigos 364, 366, 400 e 401 do CPC, ao dispor que (a) o documento público faz prova não só de sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença, ao exigir como única prova desses atos, o instrumento público; (b) ao dispensar prova testemunhal sobre fatos provados por documento ou confissão da parte, ou que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados e (c) a recusa da prova exclusivamente testemunhal para contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país.<sup>292</sup>

É importante observar que a prova do domínio de um imóvel é feita unicamente por escritura pública.<sup>293</sup> A escritura é da substância

---

<sup>291</sup> Roland Arazi. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca, 1998, p. 142; José Roberto dos Santos Bedaque. *Código de Processo Civil Interpretado*. Obra coletiva. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. Editora Atlas, 2004, p. 365; João Batista Lopes. *A prova no Direito Processual Civil*. Ed. RT, 2000, p. 46-47.

<sup>292</sup> Algumas exigências legais para a validade da prova vêm sendo abrandadas pela jurisprudência, como por exemplo, a admissão da prova testemunhal nos contratos de prestação ou locação de serviços, seja qual for o seu valor (RT 712/160, 715/179, RJTJESP-Lex 101/61); nos contratos de corretagem (RT 714/134, RT 802/184), nos contratos de locação de imóvel (JTA 123/319), no contrato agrário (RT 625/148) e quando não se tratar de provar a existência do contrato, mas de um fato consumado ou a evidente peculiaridade ou circunstância dele (STJ-4ª Turma. REsp 203.929-PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.03.2001, DJU 20.08.2001, p. 469; STJ -3ª Turma. REsp 329.533-SP, rel. Menezes Direito, j. 06.05.2002, DJU 24.06.2002, p. 297; STJ-3ª Turma. REsp 470.534-SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 02.09.2003, DJU 20.10.2003, p. 271). Influenciados pelo direito germânico, as Ordenações Portuguesas e os Códigos Estaduais, deram predominância ao sistema da prova legal, que reputava, a exemplo do Código de Minas Gerais, fazer prova plena o depoimento de duas testemunhas e considerava mera prova, uma só testemunha *testis unus testis nullus*. Esse sistema, da prova legal, pode levar a excessos, muitas vezes consagrando soluções contrárias a convicção do juiz ou conduzi-lo a arbitrariedades.

<sup>293</sup> “Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.” (Código Civil, art. 1.245, § 1º).

do ato, sendo inadmissível ao juiz fundar-se em outro meio de prova para atribuir o domínio a alguém.<sup>294</sup>

No segundo (sistema da íntima ou livre convicção), o juiz não tem limitação legal para apreciação da prova e está dispensado de motivar suas decisões. Afirmo Couture<sup>295</sup> que o raciocínio do juiz não se apóia necessariamente na prova exibida no processo nem nos meios de informação que podem ser fiscalizados pelas partes. Dentro desse método o magistrado adquire o convencimento da verdade com a prova dos autos, fora da prova dos autos e ainda contra a prova dos autos.

Não se trata de presunções e nem com elas se confunde. As presunções apóiam-se necessariamente em fatos provados, o que não acontece com a livre convicção que não se apóia em fatos provados, mas em circunstâncias de conhecimento pessoal do juiz, ou das suas impressões pessoais, bastando-lhe afirmar que tem a convicção moral de que os fatos ocorreram de tal maneira, sem necessidade de desenvolver um raciocínio lógico das razões que o conduziram a estabelecer aquela conclusão.<sup>296</sup> O jurado é o exemplo clássico da livre convicção, pois não tem que motivar seu veredicto.<sup>297</sup>

O direito brasileiro adotou o sistema chamado de *convencimento racional*, também conhecido por sistema da *persuasão racional*, que concede liberdade ao juiz, não de forma absoluta, na apreciação dos elementos de prova. O juiz é livre para formar seu convencimento, mas condicionado aos fatos e circunstâncias constantes dos autos.<sup>298</sup>

---

<sup>294</sup> Poderá, no entanto, negar eficácia à escritura que, aparentando provar domínio, do seu contexto se infira claramente, por exemplo, que não representa senão o estabelecimento de um comodato. Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária*. Ob. cit., p.396, v.I.

<sup>295</sup> *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Depalma, 1988, p. 273.

<sup>296</sup> Couture. Ob. cit., p. 274.

<sup>297</sup> O jurado não justifica o seu veredicto porque decide em nome do povo, isto é, é o povo que resolve quanto aos fatos.

<sup>298</sup> A tese defendida por Giuliani, de que a prova tem sempre natureza retórica, é criticada por Taruffo, por não ter em conta a persuasão, que é um fato empírico sobre a situação subjetiva do juiz. Uma prova falsa pode ser persuasiva, como também pode ser uma argumentação radicalmente viciada do ponto de vista

O juiz decidirá segundo a verdade dos autos (verdade formal); a apreciação da prova é livre, mas condicionada aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Desde que constante dos autos, o juiz levará em conta na formação do seu convencimento, “mesmo que as partes a eles não se refiram ou queiram ocultá-los”.<sup>299</sup> Um fato pode ser comprovado mesmo com base em provas que não tenham sido fornecidas pela parte a quem cabe o ônus; desde que existam nos autos porque produzidas pela outra parte, pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz.

Constante dos autos, os fatos e circunstâncias estão sujeitos à livre apreciação do destinatário da prova. O pensamento do juiz move-se com liberdade: Examinará as circunstâncias relativas aos fatos, às pessoas, aos atos, ao meio, ao tempo, mesmo que não alegados pelas partes ou por elas tenham passado despercebidos, mas produzidos na causa e constantes dos autos. Essa liberdade<sup>300</sup> resulta no dever de avaliar o conjunto probatório, formando a convicção que leva o juiz a decidir se o fato está ou não provado e como a lei deve ser aplicada. Isso contrasta com a verdade real, muitas vezes fora dos autos e não submetida ao contraditório, embora possa ser do conhecimento das partes.

Nos juízos, a certeza não é absoluta, real, segundo a verdade da natureza; é relativa, vale dizer, nada mais é “que a persuasão do juiz à vista dos meios legais que cada uma das partes pode apresentar para levar ao seu espírito aquela persuasão”.<sup>301</sup>

---

lógico, ou absolutamente irracional; uma prova pode ser aceitável, ainda que seja retoricamente insignificante. (*La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, 2002, p.349-357).

<sup>299</sup> Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Ed. Saraiva, 1999, p. 382, v. 2.

<sup>300</sup> “É livre, porque, como investigador da verdade, não está sujeito de forma absoluta a seguir regras que atribuam valor qualitativo indiscutível aos meios de prova, mas, ao contrário, tem a faculdade de atribuir-lhes a eficácia que resultar da influência que exercem em sua consciência.” (Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Ob. cit., p. 388-389, v.I).

<sup>301</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Ob. cit., p. 396, v.5.

A fundamentação da decisão completa o sistema da persuasão racional.<sup>302</sup> Terá, pois, o juiz de dizer quais os fatos e circunstâncias e quais as provas que influíram na formação do seu convencimento, permitindo às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório existente nos autos e também que os motivos levam logicamente à conclusão.<sup>303</sup>

Vicente Greco Filho lembra que a fundamentação assegura o exame cuidadoso dos autos e também permite, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados.<sup>304</sup>

Acrescenta, ainda, o referido autor, não haver, no Código de Processo Civil, nenhum caso autorizando o juiz a decidir por pura convicção íntima. “Mesmo nos casos de equidade ou na jurisdição voluntária em que o magistrado tem maior liberdade de decisão (art. 1.109) ele sempre precisa fundamentar a sentença e sempre com elementos de prova constantes dos autos.”<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> Nos países de influência hispânica, aparece a frase “sana crítica” que, segundo Lino Enrique Palácio, provém desde o *Reglamento del Consejo Real de 1846*. O mesmo autor esclarece não haver distinções essenciais entre o sistema espanhol e dos outros países europeus. As regras da *sana crítica* são entendidas como *normas de critério fundadas na lógica e na experiência*, não se constituindo num sistema intermediário entre o das provas legais e o da livre convicção. É um modo particular de designar o sistema da livre apreciação da prova, ou, um modo correto de raciocinar, de reflexionar e pensar acerca de uma coisa; no caso, acerca da prova produzida no processo. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., p. 422; Roland Arazi. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca, 1998, p. 144-145.

<sup>303</sup> Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas*. Ob. cit., p. 382, v.2; Vicente Greco Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª ed. Saraiva, 1996, p. 214.

<sup>304</sup> Ob. e p. cits.

<sup>305</sup> Ob. e p. cits. A motivação das decisões judiciais dá prestígio ao juiz perante a sociedade. Na sua mais moderna concepção, a justiça se administra em nome da sociedade. A soberania popular é delegada aos juízes e estes lhe devem dar conta da suas decisões. As Ordenações do Reino já exigiam a motivação das decisões judiciais. O liv. 3º, tít. 66, § 7º, daquele corpo de lei estabelecia: “E para as partes saberem se lhes convêm appellar, ou agravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se móvem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Juizes, ora sejam letrados, ora não o sejam, declarem especificadamente em suas sentenças deffinitivas, assi na primeira instancia, como no caso de appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condemnar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.” Repetindo o preceito das Ordenações, o Reg. 737, de 25.11.1850, dispunha, no art. 232: “A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda.”

A Lei n. 1.338, de 09.01.1905, com mais severidade, com raízes no velho Código de Processo Civil Italiano, consignava nula a decisão não devidamente fundamentada: “Art. 48. As sentenças, acórdãos e despachos, proferidos sobre matéria contenciosa, devem ser fundamentos, sob pena de nulidade.”



A obrigatoriedade da fundamentação é vista sob diversos ângulos: a) para boa administração da justiça, propõe-se evidenciar que o juiz é soberano na análise da prova, mas o exercício dos seus poderes está condicionado ao dever de motivar suas decisões; b) graças a ela, ter-se-á dado aos litigantes e aos tribunais um poderoso elemento para o controle da atividade judicial;<sup>306</sup> c) numa visão política, a fundamentação conscientiza a ordem social quanto a legitimidade da justiça.<sup>307</sup>

#### 5.1.4 Destinatário da prova.

Destinatário principal da prova é o juiz,<sup>308</sup> a quem será endereçada toda a prova produzida no transcorrer de uma demanda. Recai-lhe a obrigação de analisar o conjunto probatório existente nos autos e dele extrair suas conclusões sobre a verdade dos fatos da causa e, ao final, proferir a decisão. No sentido *objetivo*, prova é o meio de transplantar os fatos para o

---

Os Códigos de Pernambuco (art. 388), do Espírito Santo (art. 302), de Minas Gerais (art. 382), do Estado do Rio de Janeiro (art. 1335), de Santa Catarina (art. 794), do Rio Grande do Sul (art. 499), reproduziram o direito tradicional, mantendo a exigência da motivação das decisões judiciais. Os Códigos de São Paulo (art. 333) e da Bahia (art. 318), concordes com a Lei n. 1.338/1905, obrigavam a motivação sob pena de nulidade. O Código de Processo Civil de 1939 dispunha no art. 280, que a sentença “conterá os fundamentos de fato e de direito” e o Código vigente, resguardando a tradição jurídica pátria no tocante à matéria, no art.131 dispõe: “... mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”, constituindo, o dever de motivação, garantia constitucional do devido processo legal (art. 93, IX, da Constituição Federal).

<sup>306</sup> Para Lessona, a utilidade prática de fundamentar as decisões judiciais é a segurança da legitimidade das fontes de convencimento. (*Teoria General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1957, p. 364, T.I). Taruffo diz que a função essencial da motivação é fazer o juiz justificar expressamente suas próprias decisões, submetendo-as a controle das partes, de seus advogados, dos tribunais e da opinião pública especializada ou geral. (*La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, 2002, p. 521).

<sup>307</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária*. Ob. cit., p. 429-441, v.I; Pedro Batista Martins. *Em defesa do ante-projeto de Código de Processo Civil*, in *Processo Oral*. Revista Forense n. 78/411 e ss.

<sup>308</sup> Porém não é o único. Francesco Carnelutti estende um pouco mais a questão ao afirmar que “de las pruebas tiene normalmente necesidad el juez, pero pueden tener necesidad también las partes...” (*La prueba civil*. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Depalma, 1982, apêndice de Giacomo P. Augenti, p. 213). Esse também é o pensamento de Moacyr Amaral Santos quando sustenta que destinatário de maneira indireta são as partes, que precisam igualmente ao juiz, convencerem-se que a decisão foi justa. (Enciclopédia Saraiva, 1977b, p. 311). Carnelutti vai mais além quando adverte que as provas servem ao direito também fora do processo, “y tanto es así que habla de ellas también el código civil, y que incluso se encuentran en el mismo las normas fundamentales que a ellas se refieren. Más tarde se dá cuenta que de este instrumento tiene necesidad también de los historiadores, en primer termino...” (*Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Europa-America, 1971, p. 143, v.1).

processo, enquanto que no sentido *subjetivo* é a convicção da verdade desses fatos que elas produzem no espírito do juiz.

Da análise e ponderação de toda a prova existente no processo é que norteia a conclusão do juiz sobre a existência ou inexistência do fato probando.

### 5.1.5 Fontes e meios de provas.

A doutrina costuma diferenciar fonte e meio de prova. Não é, segundo Carnelutti,<sup>309</sup> *una custión de palabras y que, por tanto, no atribuyo importancia alguna a cómo sean llamados los dos conceptos o, por lo menos, a que se acentúe de algún modo la diferencia entre ellos*. Em outras palavras: Sendo de boa técnica atribuir-se a coisas diversas, nomes diferentes, fonte de prova é o fato, ou uma série de fatos, dos quais se serve o juiz para considerar a existência ou inexistência do fato a ser provado.

Fontes são os mananciais de onde saem os fatos dos quais o juiz deduz os fatos a serem provados. É fonte a parte material da prova, o fato exterior, tais como o testemunho<sup>310</sup>, o documento, o indício, a perícia, a parte, a coisa.

Meio de prova é a atividade do juiz, através da qual, ele se serve para extrair sua conclusão da existência ou inexistência do fato. É através dos meios que o juiz extrai sua convicção, empregando um estado de consciência para aquisição de um conhecimento. Fica a distinção: o testemunho (a declaração que fica) é a fonte; o juízo que é feito desse testemunho é o meio.<sup>311</sup>

<sup>309</sup> *La prueba civil*. 2ª ed. Depalma, 1982, ob. cit., p. 70.

<sup>310</sup> Testemunho é o ato da pessoa; testemunha é a pessoa em ato. Quem vai a juízo narrar um fato diante do juiz não é testemunha nem antes nem depois de ter narrado, mas somente enquanto narra; antes de narrar será uma testemunha, depois que narrou, foi uma testemunha. Francesco Carnelutti. Ob. cit., p. 197.

<sup>311</sup> Enrico Tullio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 102-103. Parte da doutrina entende não serem fontes de provas as hipóteses enumeradas no art. 334 do CPC, por considerar que o objeto da prova são os fatos e não as afirmações das partes.

## 5.2 Ônus da prova.

### 5.2.1 Origem.

As teorias sobre o ônus da prova se espelham no Direito Romano. No texto de Paulo - *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (o ônus da prova incumbe a quem afirma, diz ou age e não a quem nega) - os glosadores armaram o sistema da distribuição do ônus da prova em duas máximas principais: *afirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*<sup>312</sup>.

Esse pensamento ultrapassou o direito medieval e penetrou no mais antigo direito português, limitando, porém, quanto a não exigência de prova da negativa, eis que estas podem ser provadas quando determinadas quanto a tempo e lugar.<sup>313</sup> Este foi o caminho trilhado pelas Ordenações Filipinas admitindo que a prova da inexistência de um fato ou de uma qualidade se pode fazer pela prova da existência do fato ou qualidade contrários. Provar que não se encontrava em certo tempo e lugar é o mesmo que provar que, àquele tempo, estava em outro lugar; provar que a cor do seu cavalo é branca é o mesmo que provar não ser preta.<sup>314</sup>

Com a insubsistência de que a negativa não exige prova, nova inteligência passou-se a dar aos textos romanos, de forma que o *onus probandi* é sempre de quem afirma.

---

<sup>312</sup> Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 20ª ed. Ed. Saraiva, 1999, p.345-346. Lopes da Costa. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed. José Konfino – Editor, 1947, p.208, V.II.

<sup>313</sup> Vicente Greco Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª Ed. Saraiva, 1996, p.201, v.II.

<sup>314</sup> Moacyr Amaral Santos. Ob. e p. cits.

### 5.2.2 Prova da negação.

Assinala Lopes da Costa,<sup>315</sup> que a própria lei, em alguns casos, cuida da prova da negativa. O Código Civil exige, por exemplo, a prova: a) da omissão culposa (art. 186); b) do não-uso, por dez anos contínuos, da servidão para que esta se considere extinta (art. 1.389, III); c) da falta de notícias para a decretação da ausência e da sucessão provisória (arts. 22 e 26).

Por outro lado não é fácil saber qual o fato positivo e qual o fato negativo a ser provado. Chiovenda<sup>316</sup> diz que “via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados *contrários* ou *diversos* dessa coisa. Em caso de predicados *contrários*, isso é evidentíssimo: quem diz *móvel*, diz *não imóvel*, quem diz *escravo*, diz *não livre*, quem diz *maior*, diz *não menor*. Em nenhum desses casos haveria como saber quem afirma e quem nega, quem deve provar e quem não”.

Certa a conclusão de Eduardo J. Couture:<sup>317</sup> “Tanto la doctrina como la jurisprudencia han superado la complicada construcción del derecho intermedio acerca de la prueba de los hechos negativos. Ninguna regla jurídica ni lógica releva al litigante de producir la prueba de sus negaciones.”

Quando a negativa não se refere à circunstância de lugar e de tempo, torna-se indefinida, tais como “nunca vi tal pessoa” (negativa indefinida) ou, “sempre usei certa jóia” (afirmativa indefinida).

João Bonumá,<sup>318</sup> com propriedade, contribuindo na solução da negativa *non sunt probanda* diz que o problema é saber se os fatos

<sup>315</sup> *Direito Processual Civil Brasileiro*. Ob. cit., p. 210. Também, José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil*. At. Wilson Rodrigues Alves. Bookseller, 1997, p.220, v. II.

<sup>316</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. Ed. Saraiva, 1969, p.377, v.II.

<sup>317</sup> *Fundamentos del Derecho Procesal Civil 3ª* Depalma, 1988, p. 246.

<sup>318</sup> *Direito Processual Civil*. Ed. Saraiva, 1948, p. 300, v.II.

negativos constituem objeto de prova. A maior parte delas podem ser transformadas na afirmativa oposta, se bem que haja negativas absolutas<sup>319</sup> irreduzíveis à forma afirmativa. E conclui: “Em face de cada caso particular a solução é fácil, mas é difícil enunciar uma regra de aplicação geral.”

A indicação das provas, no caso concreto, está ligado ao princípio dispositivo, como ônus de cada uma das partes pelo interesse na demonstração da verdade das suas respectivas afirmações e aqueles fatos considerados existentes pelo juiz a quem cabe estabelecer quais desses fatos são bastante para induzi-lo a acolher a demanda. Em regra, a cada uma das partes recai o ônus de fornecer as provas das alegações que fizer.

Trazendo o autor provas idôneas para demonstrar a existência do fato *constitutivo* de seu direito, recai ao réu o ônus de diligenciar a sua prova. Mas isto, a seu turno, pode ocorrer com os seguintes propósitos: a) o réu tende, somente, a provar fatos que provam a *inexistência* do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto, tendo-se aí a simples prova *contrária ou contraprova*; b) o réu, sem excluir o fato provado pelo autor afirma e prova *um outro, ou outros* que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova *do réu*, a prova da *exceção*; c) o réu nega pura e simplesmente os fatos alegados pelo autor. É a chamada prova negativa *absoluta*, ou *indeterminada*, recaindo ao autor o ônus da prova dos fatos nos quais se fundamenta sua pretensão. Não provando, perde a demanda (*Actore non probante, reus est absolvendus*)<sup>320</sup>; d) o réu não contesta o fato afirmado pelo autor, podendo sofrer, em consequência, os efeitos da revelia (art. 302 do CPC); e) se o réu reconhecer o fato alegado pelo autor, não há questão de fato, mas simplesmente questão de direito a resolver.<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> “A” não pode provar que jamais esteve em determinado lugar, mas pode provar que lá não esteve no dia “X”, ao meio dia, porque nesse dia e horário participava de um concurso público em outro lugar (O exemplo é dado pelo Professor João Batista Lopes. Ob. cit., p. 30).

<sup>320</sup> “Negado pelo réu o fato alegado pelo autor, a este incumbe a prova de sua existência.” (*Revista Forense* 251/217).

<sup>321</sup> Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 380. Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 348-349.

Com isso, e como se explicará mais adiante, o direito vigente tornou inadequada a exigência da prova negativa consagrada no Direito Romano. Recaindo ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, aí está incluída a inexistência de um fato, incumbindo-lhe provar que o fato não existe.

### 5.2.3 Regras sobre o ônus<sup>322</sup> da prova.

Costuma a doutrina dizer que o ônus de fundamentar, o chamado ônus da alegação, responde à questão de que as alegações recaem a cada uma das partes se quiserem evitar desvantagens processuais. Ônus da prova indica a qual das partes incumbe a prova do fato pertinente.

Tema por demais controvertido a respeito do ônus da prova é quanto a sua categoria: O ônus da prova é um dever ou um direito.<sup>323</sup>

Carnelutti<sup>324</sup> e Couture<sup>325</sup> primando na sanção que a lei aplica à parte contumaz entendem tratar-se de um dever, um imperativo do próprio interesse de cada litigante; em sentido contrário, consideram-no como um direito, um poder, ou uma faculdade, Rosemberg<sup>326</sup> e Devis Echandía,<sup>327</sup> porque, segundo esse autor, sua característica fundamental consiste na possibilidade que tem o sujeito, conforme a norma que o consagra, de executar livremente o ato que é seu objeto, em seu próprio benefício.

---

<sup>322</sup> Ônus, expressão que em algumas legislações vem como carga, é a satisfação do interesse do próprio onerado. É, como ensina João Batista Lopes (*A prova no Direito Processual Civil*. Ed. RT, 1999, p. 34), “a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio”. Daí diferir de *dever*, que é em relação a alguém. Há relação entre dois sujeitos, um dos quais deve; a satisfação é do interesse do sujeito ativo. Jônatas Milhomens. *A Prova no Processo*. Ob. cit., p. 114.

<sup>323</sup> O tema só se verifica nos sistemas onde vigora o princípio dispositivo, onde o ônus consiste no encargo das partes em afirmar e alegar e o juiz deve decidir a lide “nos limites em que foi proposta” não lhe cabendo, em regra, conhecer de fatos não suscitados pelo autor.

<sup>324</sup> *Sistema de Direito Processual Civil* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. ClassicBook, 2000, p.497, v.II.

<sup>325</sup> *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* 3ª ed. Depalma, 1988, p. 242.

<sup>326</sup> *La carga de la prueba* Trad. E. Krostoschin. Ejea, 1956, p. 49 e ss.

<sup>327</sup> *Teoría General del Proceso*. 2ª ed. Editorial Universidad, 1997, p. 412-413.

Dentre nós, João Batista Lopes,<sup>328</sup> por todos os escritores mais modernos, diz que “no ônus, há a idéia de carga, e não de obrigação ou dever”.

Goldschmidt<sup>329</sup> parece que temperando as correntes, vislumbra que as partes estão encarregadas da prova de suas afirmações, porém a máxima foi quebrantada pelo fato de que o juiz pode promover de ofício inspeções oculares e provas periciais, pedir informes oficiais e, dentro de certos limites, exigir a exibição de documentos.

Juntamente com Fitting, Rispoli e Chiovenda, Moacyr Amaral Santos,<sup>330</sup> deixa claro não se tratar de um dever jurídico da parte afirmar e provar, “mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento”. O ônus da prova é um dever no sentido de interesse, de necessidade de produzir a prova para formar a convicção do juiz a respeito dos fatos afirmados, sujeitando-se à parte a quem incumbe produzi-la, suportar as conseqüências e prejuízos da sua falta ou omissão.<sup>331</sup>

A doutrina dominante concebe a afirmação dos fatos e a produção da prova como um interesse da parte. Não há imposição alguma aos litigantes. A omissão, não obstante a regra que põe tal atividade a cargo da parte, não é passível de sanção alguma. É um risco a quem se sujeita afirmar um fato e não consegue formar a convicção do juiz sobre a existência desse mesmo fato e, por conseguinte, vê frustrada sua perspectiva de obter uma sentença favorável. Portanto, a atividade probatória constitui uma sujeição do interesse consigo mesmo; é uma carga processual.<sup>332</sup>

---

<sup>328</sup> *A Prova no Direito Processual Civil*. Ed. RT, 2000, p.34.

<sup>329</sup> *Direito Processual Civil*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Ed.Juruá, 2003, p. 82.

<sup>330</sup> *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Ob. cit., p. 98-99, v. I.

<sup>331</sup> José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil*. Bookseller, 1997, p. 217, v. II.

<sup>332</sup> Ônus, para António Montalvão Machado, é um embaraço e a parte desembaraça-se dele atuando. (*O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do Novo Código de Processo Civil*. Almedina, p.24).

Consciente da insuficiência do princípio, no qual a carga da prova incumbe à parte que afirma, de regra, ao autor, que dá início à lide,<sup>333</sup> a doutrina tem procurado solucionar o problema, considerando as condições assumidas pelas partes no processo e a natureza dos fatos que devem ser objeto de prova.

O sistema legal brasileiro, adotando a teoria de Carnelutti, dispõe incumbir ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor,<sup>334</sup> tornando absolutamente inadequado exigir a prova do fato negativo. O fato positivo ou negativo constitutivo de um direito incumbe a quem o afirmar a prova de que existiu ou não existiu. Assim, por exemplo, o direito de pedir a anulação de um contrato emanado de erro substancial, cabe demonstrar o desconhecimento do vício (a ignorância é um elemento negativo); o abandono do lar pode ser provado pela não permanência do cônjuge no lar ou pela demonstração que se encontra em outro lugar, com outra família.

Fatos constitutivos “são aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor”.<sup>335</sup> Afirmam-se, na petição inicial, fatos dos quais pretende-se determinada consequência de direito. São os fatos que formam o direito afirmado e se não provados, perde a demanda.

Toda pretensão geralmente envolve uma situação fática complexa, tendo necessidade de ser determinado qual é o fato que se reveste daquele caráter de constitutividade. Dentre os diversos critérios, parece preferível aquele que atribui caráter constitutivo ao *fato específico*, do qual surge, de forma imediata, o efeito jurídico pretendido. Se, por exemplo, a questão debatida é o descumprimento de um contrato de compra e venda, o

---

<sup>333</sup> Havendo no processo uma presunção legal em favor de qualquer das partes, ocorre um deslocamento da carga da prova para o adversário. Nem todos os fatos que fundamentam uma pretensão ou uma defesa, são suscetíveis de prova, tais como os fatos admitidos, os fatos notórios etc.

<sup>334</sup> Art. 333 do Código de Processo Civil dispõe: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

<sup>335</sup> Vicente Greco Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª Ed. Saraiva, 1996, p. 203-204, v.II.



fato específico é a celebração do contrato e, por conseguinte, o conjunto de circunstâncias que o tipificam, como a coisa, o preço, o prazo, o pagamento etc. Excluem-se dos fatos específicos, porque presumidas, a maioridade, a capacidade das partes, a seriedade e a liberdade com que foi expresso o consentimento, por constituírem requisitos gerais e comuns a todas as relações jurídicas, cuja normalidade exclui a prova de sua existência em cada caso concreto.<sup>336</sup> Tornam-se objeto de prova se controvertidos.

Quem se opor a esses fatos constitutivos que formam a pretensão deduzida em juízo, deve provar a existência de outros fatos que impedem, modificam ou extinguem aqueles.

Em outras palavras: reconhecendo o réu o fato que constitui o direito afirmado pelo autor, mas alega a sua extinção ou ocorrência de outro que lhe obste os efeitos, impedindo-o ou modificando-o, a ele cabe o ônus da prova.

José Frederico Marques preleciona que “como os fatos indicados pelo autor são os elementos constitutivos do pedido que deduziu em juízo, cabe-lhe o ônus de provar esses fatos para que sua pretensão seja acolhida e julgada procedente. Quanto ao réu, os fatos que lhe incumbe provar são os que forem invocados como impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido do autor”.<sup>337</sup>

Ernani Fidelis dos Santos acolhe claramente o mesmo entendimento ao prelecionar que “a lei procura estabelecer as diretrizes do julgamento do ônus atribuindo-o ora ao autor, ora ao réu. Ou seja, se, por uma razão ou outra, não houver, nos autos, prova suficiente do fato, aquele que tem o ônus de provar sofre as conseqüências da ausência de provas, o que em

---

<sup>336</sup> Lino Enrique Palacio. *Manual de Derecho Procesual Civil*. Ob. cit., p. 400.

<sup>337</sup> *Manual de Direito Processual Civil*. At. por Vilson Rodrigues Alves. 1ª. Ed. Bookseller. 1997, p. 218, v.II.

verdade não é sanção, mas simplesmente decorrência da falta de cumprimento de dever imposto ao próprio interesse da parte”.<sup>338</sup>

Diz-se *constitutivo* o fato que faz surgir a relação jurídica de direito material. É a petição inicial o veículo adequado fixado pela lei (CPC, art. 282, III e VI) para que o autor formule afirmações e indique as provas com as quais pretende demonstrar que tais afirmações coincidem com a realidade. *Impeditivo* “é a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes de produzir o efeito que lhes é natural”.<sup>339</sup> É, por exemplo, a invocação da nulidade do ato, feita pelo réu, porque, ao contratar, era menor absolutamente incapaz. *Modificativo* “é o fato que embora não exclua e nem impeça a relação jurídica existente, modifica-a (v.g. pagamento parcial de um crédito, alteração da pensão alimentícia avençada). Aqui, o réu não nega a existência do fato constitutivo afirmado pelo autor, mas afirma outro fato que o modifica. *Extintivo* é o fato que faz cessar a relação jurídica (v.g. pagamento) tem a eficácia de fazer cessar a relação jurídica”.<sup>340</sup> Os fatos *impeditivos, modificativos e extintivos* são ônus de incumbência do réu, conforme regra positivada no art. 333, II, do Código de Processo Civil.

#### **5.2.4 Ainda sobre a insuficiência do princípio distributivo do ônus da prova.**

A doutrina tem feito distinção entre ônus *objetivo* e ônus *subjetivo* da prova. O primeiro é encarado como regra de julgamento, autorizando um pronunciamento sobre o mérito, ainda que insuficientemente provado o fato ou fatos relevantes da lide, pois o juiz não pode abster-se de

<sup>338</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1980, p.5, v.III, t.I.

<sup>339</sup> Chiovenda. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*. 5ª. Ed. Soc. ed. del Foro italiano. Roma, 1956 (trad. *Instituciones del Proceso Civil* Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires. Ejea, 1973), p. 382, n.277, v.II.

<sup>340</sup> Moacyr Amaral Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1977, p.36-37, v. IV.

julgar, proferindo *non liquet*. A necessidade do julgamento projeta um risco às partes – o risco objetivo do sucumbimento.

O órgão judicial, mesmo que não convencido da situação fática, porque obscura ou incompleta, está obrigado a julgar. Torna obrigatória a decisão do litígio, suportando uma das partes o risco inerente ao mau êxito da prova. “Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma *distribuição de riscos*: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao *ônus da prova*, mas num segundo sentido (*ônus objetivo* ou *material*).”<sup>341</sup>

O segundo - *ônus subjetivo* – perquire em saber a qual das partes incumbe a carga probatória. Constitui uma norma de conduta para os litigantes, recaindo-lhes a administração da prova do fato que controvertem no processo.

No escólio de José Carlos Barbosa Moreira, o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Isso o estimula a atuar para persuadir o juiz de que o fato realmente ocorreu, ou seja, prová-lo. Em outros termos, faz surgir, para ele, a *necessidade*, antes de tudo, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão e, depois, de esforçar-se para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, nesse sentido, de *ônus subjetivo ou formal da prova*.<sup>342</sup>

Observa Alfredo Buzaid<sup>343</sup> “que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles

---

<sup>341</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual*. 2ª série, Saraiva, 1980, p. 74-75.

<sup>342</sup> Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*. Ob. cit, p. 74.

<sup>343</sup> *Do ônus da prova. Estudos de direito*. Saraiva, 1972, p. 66, v.I.

há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente ligado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não comprovados cumpridamente”.

O processo, durante muito tempo, era visto como coisa das partes. Nessa concepção liberal, tanto a iniciativa de demandar, como a marcha processual, estavam a cargo dos demandantes, sendo vedada a investigação probatória oficial. Assim, só se cogitava do ônus subjetivo ou formal,<sup>344</sup> incumbindo às partes determinar as questões litigiosas e a prova dos fatos relevantes do processo.

O aspecto objetivo foi percebido, em primeiro lugar, pelos processualistas austríacos, que aperfeiçoaram a doutrina e criaram as denominações mais acertadas do ônus objetivo e subjetivo da prova<sup>345</sup> preponderando os poderes de iniciativa probatória do juiz sobre o das partes.

A partir então do último quartel do século XVIII, a doutrina passou a dar outro perfil ao ônus subjetivo da prova, ligando-o à atividade jurisdicional.

Assim, a doutrina e a jurisprudência pátria, acompanhando a européia, passou a dar ênfase ao ônus da prova como regra de julgamento.

Pontes de Miranda dando tamanha importância ao ônus da prova como regra de julgamento sustenta que o ônus da prova é objetivo e não subjetivo. Diz o autor que “como as partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto as negações.

---

<sup>344</sup> O juiz contentava-se com a verdade formal, aquela revelada nos autos pelas partes.

<sup>345</sup> Micheli. *L'onere della prova*. 2. ed. Padova: Cedam, 1966, p.108.

Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado”.<sup>346</sup>

Lecionando a respeito, Barbosa Moreira enfatiza que “a doutrina moderna, estudando o problema do ônus da prova, assentou uma conclusão muito interessante: As regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal *não* se provam, que afinal *não* resultam provados. O juiz não tem que se preocupar com as regras legais de distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as consequências desfavoráveis da falta da prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova. Se ele verifica que o fato não provado era o constitutivo, atribui ao autor as consequências nefastas dessa lacuna probatória. Se ele verifica que a prova faltante é de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, quem suportará as consequências melancólicas será o réu”.<sup>347</sup>

Mas nem por isso anulou-se o ônus subjetivo da prova, como sustenta, dentre outros, Pontes de Miranda.

Barbosa Moreira afirma que o *ônus subjetivo* da prova “tem relevância mais *psicológica* do que *jurídica*”, pois “para efeitos práticos, o que interessa não é saber se *a parte onerada* conseguiu ou não carrear para os

---

<sup>346</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. At. Legislativa de Sérgio Bermudes. Forense, 1997, p. 270-271, t.VI.

<sup>347</sup> *O juiz e a prova*. RePro n. 35, p. 181. O STJ decidiu que: “Ao juiz, frente à moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquirir a quem competiria o *onus probandi*. Constando dos autos a prova, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação de seu convencimento.” (REsp. 11.468-0-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. DJ de 11.05.1992, in *O STJ e o processo civil*. Brasília Jurídica, 1995, p. 258).

autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável; o que interessa é, sim, verificar se tais elementos foram carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa. Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento”.<sup>348</sup>

Não é, pois, tarefa exclusiva da parte incumbida de produzir a prova proporcionar os elementos de convicção do juiz. Importa, sim, verificar se estão nos autos os elementos de demonstração do fato, sendo indiferente quem os demonstrou.<sup>349</sup>

Assim, as normas legais de distribuição do ônus da prova devem ser aplicadas se os fatos a final não resultam provados. Só no momento de sentenciar, quando o juiz examina todo o conjunto probatório e atribui o valor que cada prova merecer, haverá de imputar a um dos litigantes as conseqüências desfavoráveis da falta da prova dos fatos da causa, se necessário.<sup>350</sup>

Aplicadas pelo juiz no momento em que julga, as normas de distribuição do ônus da prova constituem, a toda evidência, regras de julgamento, estimulando à produção pelas partes, pois, a insuficiência de provas para formação de convicção judicial, pode resultar em perda da demanda.

Interessante debate tem se desenvolvido em torno da interpretação dos arts. 130 e 333 do Código de Processo Civil. Estabelece o

---

<sup>348</sup> Julgamento e ônus da prova. Ob. cit., p. 75.

<sup>349</sup> Diz Leo Rosemberg: “Las reglas sobre la carga de la prueba... ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante.” (*La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956, p.2). O Código de Processo Civil Português preceitua no seu art. 515: “O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado.”

<sup>350</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *O juiz e a prova*. Revista de Processo n. 35 - jul-set/1984 – p. 178-184.

primeiro: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” e o segundo: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Há doutrinadores que defendem a produção de provas de ofício somente a título subsidiário, isto é, desenvolvida a atividade probatória produzida pelas partes, o espírito do julgador permanecer em estado de dúvida.<sup>351</sup>

A tendência atual é no sentido de ampliar as iniciativas probatórias do juiz, sem apego à necessidade de o autor provar os fatos que constitui o seu direito e o réu, os impeditivos, modificativos ou extintivos. O juiz pode, sem riscos a que se sujeita a sua imparcialidade ou afronta a igualdade de tratamento das partes, determinar a produção de provas, sem contradição entre os arts. 130 e 333 do CPC.

O tema será amplamente estudado no capítulo seguinte.

### **5.2.5 O ônus de alegação genérica dos fatos.**

O direito de ação, embora por décadas visto como um direito concreto à tutela jurídica do Estado, nunca implicou em qualquer

---

<sup>351</sup> Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos: “na indicação das provas, predomina o princípio de disposição das partes, cabendo ao juiz função supletiva.” (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Ob. cit., p. 127, v.I). No direito vigente Arruda Alvim diz que o “art.130 somente poderá ser corretamente aplicado pelo juiz às hipóteses em que não opere a teoria do ônus da prova e desde que haja um fato incerto, mas incerteza emergente da prova já produzida. O art. 130, pois, aplicar-se-á como um *posterius* à insuficiência da prova produzida, e não tem lugar na teoria do ônus da prova. Nunca deverá o juiz sub-rogar-se no ônus subjetivo da parte inerte ou omissa”. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 431, v.II. Barbosa Moreira parece também ter o mesmo entendimento: “Não podemos dizer “não está claro, comecem outra vez”. Então, aí sim, é chegado o momento de vermos a quem desaproveita a lacuna no material probatório. Aí é chegado o momento de sabermos se é o autor ou se é o réu que vai suportar as conseqüências nocivas dessa lacuna. Isso em nada afeta, e em nada se contrapõe à iniciativa oficial, porque a aplicação das regras sobre o ônus da prova, o julgamento segundo o ônus da prova, é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada. Esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios. E não está dito em parte alguma que entre esses meios não possa figurar a iniciativa do juiz.” (*O juiz e a prova*. RePro n. 35. Ob cit., p. 182).

limitação a esse direito e nem na impossibilidade de o autor buscar sua pretensão nos fatos que entendesse. O réu, na defesa, podia fazê-lo de forma ampla e objetiva que melhor lhe favorecesse.

Sob essa ótica, as partes dispunham do processo como coisa sua, assim como dispunham da relação jurídica material. Como o processo lhes pertencia, vivia mergulhado numa esfera cultural marcada de individualismo, fixando as próprias partes os contornos fáticos nos quais seus pretensos direitos se assentavam. Mas nem por isso a tramitação do processo ficou votada ao improviso; ao contrário, a tramitação de uma demanda judicial sempre esteve sujeita ao cumprimento de determinadas regras procedimentais.

Por isso, Kish definiu o processo *lato sensu* como a disciplina que facilita a aplicação e a execução do direito e Goldschmidt enunciou-o como um método que os tribunais seguem para definir a existência do direito da pessoa que demanda perante o Estado e conceder-lhe a tutela jurídica, se for caso disso.<sup>352</sup>

Essas regras compunham a baliza ou a seqüência lógica dos atos judiciais que se destinavam à justa composição do litígio, tal como ele era apresentado em juízo, e ao juiz, inerte no seu pedestal, distante do duelo entre as partes, só restava pôr-lhe cobro por meio de uma sentença, sem possibilidade alguma de tomar iniciativa no sentido da averiguação da verdade.

Às partes recai a responsabilidade genérica de alegação dos fatos em juízo, numa conseqüência clara do princípio dispositivo e, como regra, a decisão judicial só podia basear-se neles.

Sobre a máxima tradicional (*onus probandi incumbit actoris; reus in excipiendo fit actor; ei probatio qui dicit, non qui negat*),

---

<sup>352</sup> Cf. António Montalvão Machado. *O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Almedina, 2001, p. 19.



esteve arraigado por largo tempo o princípio, cuja carga da prova incumbia à parte que afirma, de modo que ao autor recaia provar sua pretensão e ao réu a sua defesa.

### 5.2.6 O ônus de alegação específica dos fatos.

Importa tratar agora, concretamente, quais os fatos que cabe ao autor invocar e, inversamente, quais os que recaem ao réu alegar.

Numa análise superficial, evidentemente insuficiente, pode-se afirmar caber às partes alegar os fatos que, potencialmente, dão consistência às suas pretensões. Em termos teóricos, ninguém alega fatos contrários às pretensões formuladas, embora a experiência demonstre que em muitas vezes, revertem-se em benefício da parte contrária. A isso se chama “princípio da comunhão da prova” ou “princípio da aquisição processual”.<sup>353</sup>

Quais, então, os fatos que cada parte deve alegar? Sabe-se que normalmente a parte que alegar determinado fato em juízo, recai-lhe, ainda que genericamente, o ônus de apresentar as respectivas e correspondentes provas. Daí ser o ônus um imperativo do próprio interesse, porque a parte sobre quem ele recai está implicitamente compelida a assumir determinada conduta.<sup>354</sup>

Como já se assinalou, o juiz não podia substituir-se às partes, nem com elas colaborar. Por força do princípio dispositivo o ônus de alegação dos fatos era resultado de um poder das partes e só delas se devia esperar a demonstração da veracidade do fato que lhes aproovesse.

O mecanismo atualmente difundido é o de que o juiz não é mais um mero árbitro do litígio, um registrador passivo e mecânico de fatos

---

<sup>353</sup> Moacyr Amaral Santos leciona, de forma lapidar, que quando o autor propõe a demanda deve estar preparado para enfrentar a contestação do réu e por isso já se habilitou ou deve ter-se habilitado convenientemente com os meios de prova capazes de corroborar com as afirmações contidas na petição inicial. (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Ob.cit., p. 131, v.I).

<sup>354</sup> Antônio Montalvão Machado. Ob. cit., p. 24.

onde só podia servir-se dos articulados pelas partes, transformando-se num sujeito ativo, atuante, diretor do processo para fazer dele um verdadeiro instrumento de realização dos fins visados pela própria ordem jurídica.

Só conhecer os fatos não é suficiente para o juiz se ele não tiver acesso às provas. O confronto com material probatório incompleto faz com que uma das partes suporte o risco de naufragar. Cuida a lei, então, de traçar critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportar as conseqüências desfavoráveis de não provar o fato que lhe aproveita.

Em outras palavras, expondo uma parte um fato que pareça naturalmente possível e juridicamente relevante, ao juiz cumpre tê-lo em conta em sua decisão. Mas como a simples alegação não é suficiente para formar a sua convicção (*allegatio et non probatio quase non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência desse fato. Controvertendo-se autor e réu, com referência a este fato, ou às suas circunstâncias, impõe-se prová-lo e prová-las, decorrendo a questão: a quem incumbe o ônus da prova?

Assim, por exemplo, se o autor pede a condenação do réu no pagamento de uma indenização derivada de determinada conduta ilícita, cabe-lhe a alegação e a prova dos elementos fáticos constitutivos da responsabilidade civil. Conseqüentemente, ao réu a alegação e a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado pelo autor, ou seja, “o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo (aquele que dá vida ao direito afirmado pelo autor), tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor – são desse tipo as chamadas exceções materiais”.<sup>355</sup>

Não provando suficientemente o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, o réu perde a demanda, por inexistir, no processo civil, o princípio do *in dubio pro reo*.

---

<sup>355</sup> Vicente Greco Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª ed. Saraiva, 1996, p. 204, v.II.

Consciente da insuficiência do princípio – a carga da prova incumbe a quem afirma – a doutrina procurou solucionar o problema com base em certas discriminações, segundo a condição assumida pela parte no processo e a natureza dos fatos que devem ser objeto de prova. Assim se reconhece a existência das seguintes classes de fatos: constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos.

No direito romano aplicava-se a regra – *semper onus probandi ei incumbit qui dixit*.<sup>356</sup> Logo, cumpre ao autor o ônus da prova, eximindo-se o réu caso negasse a afirmação feita pelo autor. Não negando, mas articulando outros que o modifique, extinga ou impeça, importava em afirmação que, cumpria, igualmente, em ser provado.

Esse preceito fez surgir a interpretação de eximir da prova a parte que negasse a afirmação do autor. Por muito tempo, embora com algumas restrições, entendeu-se impossível a prova da negativa.

Após uma análise mais acurada ao preceito enunciado por Paulo - *ei incumbit probatio qui dicit non ei qui negat* – verificou-se que a intenção de quem vai a juízo articular, é demonstrar uma situação que lhe é favorável. Por isso a prova incumbe a quem articula um fato do qual pretenda concluir a existência de uma relação de direito. Conseqüentemente, o ônus da prova repartiu-se, recaindo a quem afirma a existência ou inexistência de um fato sobre o qual se funda a pretensão.

A doutrina moderna funda-se no pressuposto de que a iniciativa das provas cabe exclusivamente aos litigantes, de maneira que às partes cumpre oferecer e produzir as provas das suas afirmações, sendo vedado ao juiz tomar qualquer iniciativa nesse sentido.

Inteira aplicação o princípio dispositivo, no qual o juiz fica vinculado à afirmação das partes com referência à apresentação dos fatos.

---

<sup>356</sup> *Digesto*, fr. 21.

Fatos não afirmados, não são admitidos, mesmo que de conhecimento próprio do juiz e por ele tidos como relevantes.

O mesmo não acontece no momento da averiguação dos fatos afirmados ou da produção das provas. Na avaliação da prova o juiz deve ser livre, com poderes para intervir na instrução do processo. Assim, até mesmo de ofício, o juiz poderá, entendendo necessário, inspecionar lugares, examinar coisas, pedir esclarecimento aos peritos, determinar nova perícia, ouvir testemunhas referidas, interrogar as partes.

O direito probatório brasileiro sempre esteve fundado no princípio de disposição das partes, atribuindo-lhes a iniciativa da escolha e da produção das provas, mas jamais deixou de conceder ao juízo poder de, mesmo ofício, determinar diligências que viessem esclarecer pontos obscuros, possibilitando-lhe formar a sua convicção sobre fatos controvertidos.

Até mesmo quando adstrito às regras das Ordenações, quando devia julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado”,<sup>357</sup> a prova sofria exceções. “Quando as partes tivessem produzido suas provas e os autos se achassem conclusos para a sentença, o juiz podia abrir a conclusão para melhor se inteirar da verdade, mandando proceder a qualquer diligência que se lhe afigure apropriado àquele fim.”<sup>358</sup>

As reformas processuais havidas no século XIX na Áustria, na Alemanha e na Hungria trouxeram novas idéias para a redação dos Códigos Estaduais, a começar pelo da Bahia, época em que os processualistas ensinavam a faculdade de subsidiariamente o juiz cooperar na distribuição e coligimento das provas, sendo-lhes permitido ordenar ou proceder de ofício a

---

<sup>357</sup> *Ordenações*, livro 3º, tít. 66.

<sup>358</sup> João Monteiro, *apud* Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária*. Ob. cit., p. 112, v.I.

quaisquer diligências que lhes pareçam necessárias a bem da apuração da verdade dos fatos contidos em juízo.<sup>359</sup>

O Código de Processo Civil atual atribui ao juiz a incumbência de ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, toda e qualquer diligência à instrução do processo e a bem da economia processual, deu-lhe autoridade para indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130).

O Código, pois, admite expressamente que o juiz tome iniciativa no tocante à escolha das provas. Assentado em teorias tradicionais, ainda hoje sustentadas por muitos, essa atribuição concedida ao juiz é meramente supletiva da iniciativa dos litigantes.

Atualmente, essa posição tem sofrido críticas em razão da publicização do processo e de sua efetividade. Como bem sintetiza João Batista Lopes citando Cappelletti: “a) o princípio dispositivo, em sua moderna configuração, significa apenas que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz; b) a iniciativa das provas não é privativa das partes, podendo o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos; c) o juiz, a par das funções próprias de diretor formal do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições, a fim de ser assegurado um critério de igualdade substancial delas.”<sup>360</sup>

Do exposto, pode-se concluir que:

a) nas afirmações de fatos e na indicação das provas, predomina o princípio dispositivo, mas tem o juiz poderes para determinar, de ofício, provas que entender necessárias para seu convencimento e indeferir diligências inúteis. Não cabe ao juiz determinar que as partes supram suas omissões quanto a indicação das provas. Se, por exemplo, deixaram de arrolar

---

<sup>359</sup> Gusmão, *apud* Moacyr Amaral Santos. Ob. e v. cits., p. 113.

<sup>360</sup> *A prova no Direito Processual Civil*. Ed. RT, p. 66.

testemunhas ou juntar documentos, não deve o juiz determinar que arrolem ou apresentem o documento;

b) na produção das provas, a iniciativa é toda do juiz, predominando o princípio inquisitório; as partes têm função supletiva. Põe-se o magistrado em contato direto com as partes, com o perito, com as testemunhas, com as coisas. Já tendo conhecimento da controvérsia, à vista da exposição constante da petição inicial e da defesa, pode determinar que uma prova seja produzida ou dispensada, bem como pode ordenar o comparecimento de uma testemunha referida, ou a realização de um exame etc.

De todo o exposto, pode-se concluir que por força do princípio dispositivo compete à parte que invoca um direito, o ônus de alegação específica dos fatos constitutivos de sua pretensão. Para determinar qual o fato que se reveste desse caráter, atribui-se àquele que surge, de forma imediata, o efeito jurídico pretendido. À parte contra quem tal direito é invocado, recai o ônus de alegação específica dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito.

### **5.3 A hipótese de inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.**

Embora não seja matéria específica deste estudo, não poderia deixar de fazer algumas anotações, brevíssimas, aliás, a respeito da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu como direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência” (inc.

VIII, do art. 6º, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

Portanto, a Lei n. 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, se houver um dos dois requisitos traçados na norma: a) verossimilhança da alegação; b) hipossuficiência do consumidor.

Nos comentários dos autores do anteprojeto do Código, Kazuo Watanabe diz que na primeira situação (verossimilhança da alegação do consumidor), “não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”.<sup>361</sup>

Quanto a hipossuficiência, considerada como causa de inversão do ônus da prova, a doutrina chegou à conclusão de que não se trata de conceito ligado ao poder econômico, mas atrelado ao monopólio da informação. Nesse sentido José Rogério Cruz e Tucci observa: “Note-se que a clássica regra de distribuição do ônus da prova, no âmbito das relações de consumo, poderia tornar-se injusta pelas dificuldades da prova de culpa do fornecedor, em razão da disparidade de armas com que conta o consumidor para enfrentar a parte melhor informada. É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o

---

<sup>361</sup> *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. Forense Universitária, 1998, p. 617; no mesmo sentido Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. *O ônus da prova no Direito Processual Civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 157-158.

seu esforço para a prova dos fatos alegados. Ora, a informação, na conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí por que, por simples questão de lógica, é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carreando-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de fabricação.”<sup>362</sup>

Kazuo Watanabe esclarece inclusive ter mudado de opinião, ao noticiar que na segunda situação, o “da *hipossuficiência*, poderá ocorrer, tal seja a situação do caso concreto, uma verdadeira inversão do ônus da prova. Nas primeiras edições desta obra, sustentamos a opinião de que o conceito de hipossuficiência é o constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/50. Sentimos, hoje, que essa posição anterior não é de todo aceitável. Em algumas hipóteses, é suficiente que o consumidor seja dispensado dos gastos com a prova para que ele tenha a proteção necessária. Porém, analisadas várias situações hipotéticas que podem ocorrer na experiência concreta, aquela inteligência do dispositivo legal não propicia a plena consecução do objetivo colimado pelo legislador. Imaginemos um conflito de interesses entre consumidor e montadora de veículos, que diga respeito a vício de fabricação do veículo. A só demonstração, por exemplo, de que o veículo efetivamente apresenta defeito no motor poderá não ser bastante para o estabelecimento do juízo de verossimilhança quanto à alegação do consumidor de que é de fabricação o vício do veículo. Não se configurará, assim, a primeira situação prevista no dispositivo em análise. Se o consumidor é pessoa dotada de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência acima mencionada obrigaria o consumidor a assumir o ônus da prova. Não foi isso, evidentemente, o que o legislador quis estabelecer. Numa relação de consumo como a mencionada, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois

---

<sup>362</sup> *Técnica processual civil do Código de Defesa do Consumidor. Devido processo legal e tutela jurisdicional* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p.116.



somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica. O mesmo acontece, ordinariamente, nas relações de consumo em que a outra parte tem o domínio do conhecimento técnico especializado, em mutação e aperfeiçoamento constantes, como ocorre no setor de informática. Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor”.<sup>363</sup>

Desse modo, ocorrendo situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão de que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação – especialmente no que diz respeito ao monopólio da informação – poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova.

Prevê, assim, a lei, a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa.<sup>364</sup>

Transfere-se ao fornecedor o ônus de produzir prova de inexistência dos fatos constitutivos do direito pleiteado pelo consumidor, além dos fatos extintivos, modificativos e extintivos que eventualmente possa alegar.

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, três correntes se destacam quanto ao problema: a) *já no despacho da petição inicial o juiz deve deferi-la*.<sup>365</sup> Críticas a essa corrente

---

<sup>363</sup> Ob. cit., p. 617-618.

<sup>364</sup> Cecília Matos. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 236.

<sup>365</sup> Tânia Liz Tizzoni Nogueira. *Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova*. RDC n. 7, p. 59. Cecília Matos. Ob. cit., p. 210-216.

são feitas sob o argumento de que, enquanto não apresentada resposta do fornecedor, não sabe o juiz que fatos se tornarão controvertidos; b) *a inversão é ato a ser praticado quando do julgamento da causa*. Trata-se de solução diametralmente oposta à primeira, entre cujos defensores se encontra Kazuo Watanabe. Segundo esse autor, “as regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo* e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese”.<sup>366</sup>

Com efeito, o argumento fundamental é o de que os dispositivos sobre o ônus da prova constituem regra de julgamento, e, que, portanto, também a inversão deve ser reservada para o instante no qual se vai julgar.

As críticas dos que não concordam com tal posicionamento é no sentido de que “as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar. Assim vistas as coisas, a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra *até ali vigente*, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que, para ele, *não existia antes da adoção da medida* – obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. A aplicação do dispositivo em exame, se observada a orientação doutrinária aqui combatida, redundaria em

---

<sup>366</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Ob. cit., p. 619.

manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, n. LV): ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz já estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo. Não seria demais recordar, ainda uma vez, que a finalidade da norma que prevê a inversão é a de *facilitar* a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar”;<sup>367</sup> c) *a inversão deve anteceder ao início da instrução*. Respeitável doutrina tem entendido que a inversão deve ocorrer em momento antecedente à instrução, na decisão declaratória de saneamento. Defensor dessa corrente, Carlos Roberto Barbosa Moreira argumenta que “as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes”. Assim, a inversão no momento do julgamento, mudando a regra até então vigente, atentaria contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).<sup>368</sup>

Com a devida vênia, discorda-se dessas correntes. A regra de inversão do ônus da prova encontra-se explicitada em dispositivo de lei (art. 6º, VIII), não podendo ser motivo de alegação de surpresa ou de pretensão à reabertura da fase instrutória. Sem dúvida que a garantia do devido processo legal deve ser assegurada a qualquer custo. Contudo, não parece constituir ofensa aos cânones constitucionais à inversão no momento da decisão e, excepcionalmente, ao receber a petição inicial o juiz pode achar-se habilitado a deferi-la. Neste caso, basta imaginar o vício de fabricação do veículo adquirido pelo consumidor. Numa relação de consumo, como esta, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do

---

<sup>367</sup> Carlos Roberto Barbosa Moreira. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. RePro n. 86 – abr-jun/1997 – p. 305-306.

<sup>368</sup> Idem, p. 305-308.

veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inocorrência do vício de fabricação. Como a situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, sendo verossímil a alegação, estará o juiz autorizado a inverter o ônus da prova ao despachar a petição inicial.

Destarte, a partir do conteúdo da petição inicial, com a exposição da causa de pedir e do pedido, às partes envolvidas no processo é perfeitamente possível o juiz avaliar se há possibilidade de aplicar as normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto.

Como adverte Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “durante o *iter* a parte não deve medir esforços para comprovar os fatos sobre os quais fundamenta suas pretensões e de demonstrar a inexistência dos fatos que favorecem a outra parte, a fim de maximizar a possibilidade de êxito. Como adverte Betti, a atividade das partes no curso do processo é livre, mas a liberdade é acompanhada de auto-responsabilidade, diante do risco representado por conseqüências desvantajosas que podem advir de sua conduta incauta. Sem embargo, nos parece oportuno mencionar a interessante doutrina que recomenda ao juiz advertir às partes, no momento da decisão saneadora, da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (com a conseqüente possibilidade de inversão do *ônus probandi*), especialmente nos casos em que a existência de relação de consumo não se apresente evidente”.<sup>369</sup>

#### **5.4 Os poderes do juiz em face da prova.**

Como por diversas vezes mencionado neste trabalho, a função do processo civil é a composição dos litígios, de modo a assegurar a paz social. Para a realização desse desiderato, é preciso que o juiz seja justo na sua decisão, isto é, a solução do conflito há de ser em conformidade com o

---

<sup>369</sup> Ob. cit., p. 160-161.

direito e com a verdade. Só as alegações das partes não são suficientes para o convencimento do juiz que está obrigado a nortear-se em informações seguras.

Da concepção liberal, na qual o juiz assistia passivamente a disputa judicial entre as partes e contentava-se com a verdade (formal) por elas revelada,<sup>370</sup> passou-se ao processo social, no qual, pode-se determinar, *ex officio*, a conveniente apuração da verdade real.<sup>371</sup>

Essas informações têm por fim demonstrar a existência de fatos importantes que são o objeto da prova e fazem parte da chamada instrução processual.

Delimitada está a questão: a) as partes, com pretensões opostas; b) o juiz, como órgão do Estado busca a composição do litígio; c) as provas relevantes, com base nas quais dar-se-á a composição do litígio.

Da concepção publicística do direito processual civil – que se deu com o desprezo do conceito de processo como simples apêndice do direito material – a administração da justiça passou a ser compreendida como uma função integrante da soberania estatal e o processo como instrumento de realização de uma atividade soberana do Estado, atuando segundo a vontade concreta da lei e não mais segundo o alvedrio dos particulares.

O interesse público que o Estado passou a ter na composição do litígio assenta-se, em sua maior parte, na preocupação de harmonizar a situação fática com o ordenamento jurídico. Por isso, a instrução

---

<sup>370</sup> Lembra José Carlos Barbosa Moreira que “vivia o direito processual mergulhado numa atmosfera cultural marcada de individualismo. Assim como no plano econômico, se queria o Estado o mais possível alheio às disputas entre os particulares (“*laisser faire, laisser passer*”), analogamente, na órbita judiciária também se queria o juiz inerte no seu pedestal, espectador frio e distante do duelo entre as partes e privado de qualquer possibilidade de tomar suas próprias iniciativas no sentido da averiguação da verdade”. *O juiz e a prova*. RePro n. 35 – jul-set/1984, p. 179.

<sup>371</sup> Verdade é a coincidência dos fatos com os conceitos que formamos. É o ajuste do mundo real com o mundo ideológico. Nicola Framarino dei Malatesta. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. J. Alves de Sá. 2ª Ed. Livraria Clássica Editora. Lisboa, 1927, p.19-83.

processual é toda desenvolvida para elucidar o juiz, formando-lhe a convicção mediante o emprego de processos lógicos.<sup>372</sup>

Investigar a verdade é a meta do processo civil moderno de tal modo que dentre seus princípios fundamentais nenhum talvez seja tão relevante e decisivo como o que regula o papel do juiz na condução do processo. Os poderes do juiz, na instrução, são tão relevantes que o habilita a colaborar eficazmente nos trabalhos da descoberta da verdade. Daí dispor o art. 130 do Código de Processo Civil que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Humberto Theodoro Júnior, citando Calamandrei, ensina que “o fortalecimento do princípio de autoridade do Estado se reflete e se traduz necessariamente, no tocante ao processo, no fortalecimento da autoridade do juiz, o que não se reduz a um simples aumento de faculdades a um órgão do Estado, nem a uma extensão da ingerência deste nas relações da vida privada e na esfera dos direitos individuais do cidadão, senão que é a expressão de um esforço novo na valorização dos interesses tutelados e garantidos pelo direito. O Estado moderno investiu-se, pois, das “verdadeiras funções judiciais”, intervindo nos litígios “verdadeira e completamente para fazer justiça”.<sup>373</sup>

A parte é livre para a propositura da demanda e a fixação do *thema decidendum*. O comando do processo (seu andamento, sua disciplina e impulsão) é atribuição que compete ao juiz, “para que se tornem efetivos os benefícios da brevidade processual, da igualdade das partes na demanda e da observância da regra da lealdade processual. O mesmo se passa com a instrução probatória. No que toca à determinação e produção das provas, toda liberdade deve ser outorgada ao juiz, a fim de que possa ele excluir o que se

---

<sup>372</sup> Humberto Theodoro Júnior. *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense n. 263, p.39-47.

<sup>373</sup> Idem. É função do juiz, por definição, aplicar normas jurídicas a fatos, bem como julgar bem, e julgar com justiça, segundo ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira. *O juiz e a prova*. RePro n. 35. Ob. cit., p. 179.

mostrar impertinente ou ocioso, e de seu ofício determinar que se recolham provas pelas partes não provocadas de qualquer natureza”, respeitando sempre o princípio da ampla defesa, a ampla e irrestrita fiscalização de todos os atos pelas partes e com a cooperação destas.<sup>374</sup>

O que deve nortear o juiz quando determinar *ex officio* a realização da prova que julgar necessária para a melhor e mais justa solução do litígio é a sua imparcialidade, cuja conduta de isenção tranqüiliza as partes.

A prova permite o julgamento da matéria de fato controvertida e está sujeita a livre apreciação do juiz, que tem o dever de indicar os motivos do seu convencimento (art. 131 do CPC). Essa apreciação baseia-se na prudente convicção do juiz, ou seja, em regras de ciência e do raciocínio e em máximas de experiência (art. 335 do CPC).

Vê-se que a liberdade não é absoluta, impondo a lei o dever de indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Esse dever serve de garantia para a comunidade, contra erros de interpretação e eventuais abusos, jamais embaraçando a liberdade de convicção do juiz.<sup>375</sup>

A prova livre está excluída sempre que a lei conceda um valor legal a um determinado meio de prova, assim como quando a lei exigir, para a existência ou prova do fato jurídico, qualquer formalidade especial. É o que sucede com todos os documentos *ad substantiam* ou *ad probationem* (arts. 366, 400, 401 do CPC). Essas exclusões não devem ser encaradas como regras de limitação ao convencimento do juiz, pois integram o direito material, são regras de existência e validade do ato jurídico, não de sua comprovação em juízo.

---

<sup>374</sup> Humberto Theodoro Júnior. Ob. cit., p. 44.

<sup>375</sup> *Direito à prova*. E. D. Moniz de Aragão. RePro n. 39, julho-setembro/1985, p.117.

### **5.5 Princípio da igualdade processual e o juiz.**

O juiz deve assegurar igualdade às partes, tanto no exercício de faculdades, como no uso dos meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais. Ambas as partes devem possuir os mesmos poderes, os mesmos ônus e os mesmos direitos, situando-se cada uma delas numa posição de igualdade perante a outra, recebendo tratamento igual perante o juiz.

Essa igualdade, no entanto, nem sempre é viável, já que em certas hipóteses não é possível ultrapassar certas diferenças substanciais na posição processual das partes e em outras se torna difícil afastar certas igualdades formais impostas pela lei.

No primeiro caso, pode-se exemplificar com a propositura da demanda. Normalmente, é o autor quem escolhe, segundo seu arbítrio, o momento de ajuizá-la, tendo o réu prazo limitado para apresentação da defesa, originando, daí, uma desigualdade substancial em favor do autor; em contrapartida, recai a este satisfazer os pressupostos processuais, pelo que, neste aspecto, a parte ativa encontra-se em posição menos favorecida perante o demandado. Finalmente, as partes oneradas com a produção da prova encontram-se substancialmente desfavorecida uma perante a outra, porque pode obter sentença desfavorável quando a prova que produziu não foi suficiente para convencimento do juiz.

Por outro lado, devem ser respeitadas todas as situações de igualdade formal entre as partes, determinadas pela lei processual. Assim, salvo as exceções mencionadas na própria lei, como os casos especificados no art. 188 do CPC, há que se respeitar os prazos imperativos, definidos em abstrato para ambas as partes, como por exemplo, a apresentação do rol de testemunhas (art. 407), o prazo para indicação de assistente técnico (art. 421, § 1º), o prazo para recorrer (art. 508) etc.



Mas, para que haja igualdade processual no tratamento das partes não basta que o juiz lhes assegure os mesmos prazos e oportunidades para a iniciativa probatória ou que coíba infrações às regras legais. Essa igualdade é denominada de igualdade *formal* ou *jurídica* e é insuficiente porque destituída de conteúdo real, descompromissada com o resultado efetivo alcançado no processo.

Essa igualdade *formal* ou igualdade *jurídica* é estática e abstrata, ignora a realidade prática e é incapaz de despir a situação fática objeto da demanda, interessando somente à parte mais forte da sociedade. É preciso buscar a igualdade real ou material.

Por ser dinâmica e concreta, a igualdade material é construída com a prática efetiva de atos que influem no mundo dos fatos para que o princípio isonômico formalmente assegurado se torne real. Para tanto, o juiz deve assumir decididamente um papel mais ativo no processo.

Como legítima paridade de tratamento entre os litigantes, cumpre ao autor provar os fatos sobre os quais se baseia o pedido e o réu a prova dos articulados em sua defesa. “Que uma das partes forneça suas provas, é o que se lhe pode pedir; ela não está obrigada a procurá-la para seu adversário”, escreve Garsonnet.<sup>376</sup>

Mas não é incomum, no mundo em que vivemos, de desigualdade cultural e econômica, a parte menos favorecida encontrar resistência para indicar ou produzir provas dos fatos em proveito do seu pleito.<sup>377</sup>

Como diz Sidney da Silva Braga, “o processo não pode ser vencido por aquele que tem mais conhecimento, mais cultura ou maior poder econômico e que, por isso, pode contratar melhores advogados, que saibam as

---

<sup>376</sup> Apud Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial. Parte Geral*. Ob. cit., p.104, v.I.

<sup>377</sup> “Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, se chegue a uma decisão injusta, que não corresponde à realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados.” José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª ed. RT, 2001, p. 100-101.

regras e consigam fazê-las atuar em seu favor. O processo tem de ser vencido por aquele que tem razão diante das normas de direito material.”<sup>378</sup>

Encarado como instrumento ético, valem-se as partes do processo para assegurar seus pretensos direitos e o Estado para a consecução de suas finalidades precípuas. Daí o juiz, não com atitude paternalista, nem com postura passiva, mas na procura da descoberta da verdade real, para sobre ela aplicar a norma jurídica correspondente, removendo todos os obstáculos supérfluos, conciliar o interesse particular dos litigantes com o interesse de ordem pública que o Estado tem na justa e rápida composição dos litígios.

Se uma parte tem sobre a outra superioridade técnica e econômica, evidentemente são desiguais e se são desiguais, terão de ser tratadas de forma desigual, para que exista isonomia processual. É necessário, então, que o juiz tenha postura ativa e se necessário, empregando as regras legais, ter a iniciativa probatória.

É que a igualdade somente será efetiva se técnica e econômica, dizendo respeito à “paridade de armas”, e garanta o resultado do processo com justiça, relativa e possível de ser feita naquele caso concreto, nem mais nem menos que isso.

O processo tem por objetivo fundamental a justiça, que não se alcança sem a verdade, ainda que ambas sejam sempre relativas. E não há como atingir a verdade sem que as partes sejam tratadas com igualdade (material). Não há justiça sem igualdade.<sup>379</sup>

“Por todas essas razões, o princípio da igualdade processual não só não é incompatível com a iniciativa probatória do juiz, como somente é alcançado se ao julgador for permitida essa iniciativa.”<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> *Iniciativa probatória do Juiz no Processo Civil*. Ed. Saraiva, 2004, p. 123.

<sup>379</sup> Sidney da Silva Braga. Ob. cit., p. 125.

<sup>380</sup> Idem. “Contrária o art. 130 do CPC, o acórdão que desconsidera, por atentatório ao princípio da igualdade das partes, depoimento de testemunha determinado pelo juiz da causa.”(REsp 39/600). Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque, “entre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes,

Isso não resulta, como será mais bem desenvolvido no subitem seguinte, em parcialidade do juiz. É certo que o juiz deve saber discernir o que a lei lhe permite ou não lhe recomenda. É, como diz Humberto Theodoro Júnior, “no campo da imparcialidade e da isenção de ânimo, o pressuposto maior é a qualidade moral do julgador, elemento que não depende, nem se sujeita ordinariamente a regras e mandamentos de direito objetivo. Mesmo perfeita a lei, no espírito e na forma, pode muito bem ser traída pela má fé ou desídia do aplicador. O único penhor da justa e perfeita aplicação da norma de conduta imparcial do juiz é a *virtude*, a fé no valor das aspirações político-constitucionais que dominam o ordenamento jurídico”.<sup>381</sup>

Pergunta Antonio Carlos de Araújo Cintra, se no momento em que o juiz determina a realização da prova que a parte dificilmente conseguiria não estará facilitando a vida de uma das partes, em detrimento da outra? “Não estará rompendo a igualdade que deveria assegurar?”<sup>382</sup>

Como que respondendo a essa indagação, José Carlos Barbosa Moreira assegura que “el juez no investiga por el litigante ni para el litigante, sino por sí mismo y para el proceso, y éso no lo cambia para nada la circunstancia de que el resultado de su actuación pueda ocasionar un beneficio a la parte más veraz”.<sup>383</sup>

Para o autor, a atividade de ofício do juiz em matéria de prova, não é substitutiva, de maneira que quando toma a iniciativa de

encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito. Para evitar essa situação, várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador processual. Dentre elas, vislumbra-se o reforço do poder instrutório do juiz. A cada dia aumenta o número de defensores da idéia de que somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade *real* entre as partes. Trata-se de poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual. O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes.” (*Poderes instrutórios do Juiz*. 3ª ed. RT, 2001, p. 97-98).

<sup>381</sup> *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense n. 263 - jul-set/1978 - p. 44-45.

<sup>382</sup> *O princípio da igualdade processual*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, p.39-44, v. 19.

<sup>383</sup> *La igualdad de las partes en el proceso civil*, in *Temas de Derecho Processual*, 4ª série. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p.67-81.

investigação de fatos da causa, não está substituindo as partes litigantes, mas está cumprindo sua parte em uma tarefa comum; é, portanto, uma obra de colaboração. Como um dos sujeitos interessados no resultado justo do processo, investiga os fatos relevantes juntamente com as partes e não em substituição a elas.

Some-se a isso a possibilidade dessa prova servir à descoberta da verdade; a omissão pode dar a vitória por parte de quem pode não ter razão alguma.

Na lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o interesse das partes não é senão um meio, um estímulo, para que o Estado, representado pelo juiz, intervenha e conceda razão a quem efetivamente a tem, concomitantemente satisfazendo o interesse público na atuação da lei para a justa composição dos conflitos”.<sup>384</sup>

A iniciativa probatória do juiz não infringe o princípio da igualdade processual (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e nem o art. 125 do Código de Processo Civil.<sup>385</sup> Como diz Sérgio Luís Wetzel de Mattos, a iniciativa probatória concorre, ainda que indiretamente, para o abrandamento da desigualdade das partes e, por conseqüência, garante o contraditório equilibrado e efetivo dos litigantes.<sup>386</sup>

Pode-se acrescentar que a iniciativa probatória não significa beneficiar esta ou aquela parte, até porque, antes da efetiva produção da prova não há como saber o seu resultado e suas conseqüências para o processo.

---

<sup>384</sup> *Do formalismo no processo civil*. Ob. cit., p. 152.

<sup>385</sup> O STJ decidiu que “contraria o art. 130 do Código de Processo Civil o acórdão que desconsidera, por ato atentatório ao princípio de igualdade das partes, depoimento de testemunha determinado pelo juiz da causa”. (cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *O STJ e o processo civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 131).

<sup>386</sup> *Da iniciativa probatória do Juiz no Processo Civil*. Ed. Forense, 2001, p. 82.

## 5.6 Princípio da imparcialidade do juiz.

A imparcialidade não é sinônimo de juiz inerte ou passivo; é pressuposto de toda atividade jurisdicional. É, segundo Rui Portanova, tema que se liga institucionalmente à questão do juiz natural e, processualmente, à condição pessoal do *juiz-homem-individual*.<sup>387</sup>

O princípio de igualdade das partes supõe a imparcialidade do julgador.

Todos os princípios processuais devem contar com o empenho judicial para que se concretizem na prática; alguns desses princípios, como o da imparcialidade, destinam-se diretamente a reger a atuação do juiz no processo. É garantia básica de um julgamento válido e justo, pois decorre do juiz não tomar partido, não favorecer qualquer parte e nem ser parte.

O princípio exige que o juiz se coloque em posição equidistante e acima das partes, idéia sintetizada na frase de Carnelutti: “il giudice si dice, è au dessus de la mêlée.”

Essa equidistância não quer dizer situar-se a igual distância.<sup>388</sup> Significa colocar as partes em igualdade de condições, analisar as alegações das partes com a mesma atenção, sem menosprezar os argumentos da outra.

Isso não impede e nem torna o juiz parcial, quando determina, de ofício, a realização de determinada prova. Como sujeito ativo do processo e interessado em que, a final, se faça justiça com a vitória daquele que efetivamente estiver amparado pelo direito material e não de quem esteve em melhores condições técnicas ou econômicas para manejar as regras que regem o processo, o juiz deve determinar a realização da prova, ainda que não

---

<sup>387</sup> *Princípios do Processo Civil*. 4ª ed. Livraria do Advogado, 2001, p. 77.

<sup>388</sup> “Diz-se de dois ou mais pontos situados a igual distância de um outro ponto qualquer.” *Larousse Ilustrado da Língua Portuguesa*, p. 343.

requerida pelas partes, mas que pode servir à descoberta da verdade. Este é o verdadeiro escopo do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça; que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste sua imparcialidade.

Imparcialidade não significa neutralidade<sup>389</sup> diante dos valores a serem salvaguardados por meio do processo. Por isso não há nenhuma incompatibilidade entre o princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão a quem efetivamente tem.

José Carlos Barbosa Moreira ensina que “ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo “X” ou o indivíduo “Y”, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade”.<sup>390</sup>

A imparcialidade sempre foi preocupação, mesmo das leis religiosas, como o Código de Hammurabi e o de Manu. A própria Bíblia estabelece que “Juízes e oficiais constituirás em todas as tuas cidades que o Senhor, teu Deus, te der entre as tuas tribos, para que julguem o povo com reto juízo. Não torcerás a justiça, não farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno; porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos”.<sup>391</sup>

---

<sup>389</sup> Neutralidade é dado subjetivo que liga o *juiz-cidadão-social* e sua visão geral de mundo, no concerto da comunidade e da ciência, segundo Rui Portanova. *Princípios do Processo Civil*. Ob. cit., p. 78.

<sup>390</sup> *O Juiz e a prova*. RePro n. 35. Ob. cit., p. 180.

<sup>391</sup> *Deuteronomio* 16:18-19.

Retirado do cidadão a justiça privada, o Estado deu-lhe um terceiro imparcial e independente para resolver seu conflito. Esse terceiro imparcial e independente é o juiz, a quem a Constituição Federal dá garantias que visam dar-lhe total independência de certos fatores que poderiam influenciá-lo psicologicamente no julgamento, tornando-o parcial.<sup>392</sup>

Miguel Teixeira de Sousa lembra constituir “uma garantia das partes a chamada independência interna do juiz. Refere-se esta às influências a que o juiz está sujeito pela sua origem, educação ou processo de socialização. Assim, se não é possível – nem desejável – que o juiz esteja afastado das correntes sociais e culturais do seu espaço e tempo, é imperioso que ele saiba assumir um comportamento público que não favoreça a perda da sua imparcialidade”.<sup>393</sup>

É esta independência interna que justifica a vedação da prática de certas atividades fixadas pela própria Constituição, como exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.<sup>394</sup>

Além das garantias e vedações constitucionais mencionadas, a ordem jurídica estabelece regras processuais que consideram o juiz *impedido* ou *suspeito* para atuar no processo. Como ensina Celso Agrícola Barbi “ainda que o juiz tenha todas as condições para correta atuação nas causas que, em princípio, podem ir ao seu exame, há, porém, algumas em que

---

<sup>392</sup> O art. 95 da Constituição Federal assegura aos juízes as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, com as ressalvas apontadas pela própria Constituição.

<sup>393</sup> *Estudos sobre o Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 41.

<sup>394</sup> Parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal.

a sua situação pessoal, em relação às pessoas que participam do processo, ou ao interesse em litígio, pode influir no seu espírito, de modo a impedir um correto julgamento da demanda. Por esse motivo, para dar tranqüilidade aos litigantes e confiança na retidão dos julgamentos, a lei manda que o juiz se afaste de determinadas causas, e permite que a parte impugne sua presença, quando ele não se afastou espontaneamente”.<sup>395</sup>

Em atenção ao princípio da imparcialidade, cabe ao juiz declarar-se impedido ou suspeito sempre que se encontrar diante de processo onde ocorram hipóteses legais para tanto. Não lhe é lícito nem ético aguardar a provocação da parte.

Como diz Sergio Alves Gomes citando Cintra, Grinover e Dinamarco, há “necessidade da observância pelo juiz do *princípio da imparcialidade* ao dirigir o processo. Tal relevância deve-se ao fato de que ‘só a jurisdição subtraída a influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça”.<sup>396</sup>

---

<sup>395</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Forense, 1998, p. 410, v. I.

<sup>396</sup> *Os poderes do juiz na direção e instrução do Processo Civil*. Ed. Forense, 2001, p. 77.



## PRINCÍPIO DISPOSITIVO

SUMÁRIO: 6.1 O princípio dispositivo e suas principais manifestações. 6.1.1 Princípio e regra. 6.2 O princípio dispositivo e a prova. 6.3 Identificação do fenômeno. 6.4 Verdade real e verdade formal. 6.5 O princípio inquisitivo e o princípio dispositivo. 6.6 O princípio dispositivo e os direitos indisponíveis. 6.7 O princípio dispositivo e o princípio da congruência. 6.8 O princípio dispositivo e os poderes do juiz. 6.9 Momento no qual o juiz pode, de ofício, determinar a produção da prova. 6.10 Conseqüências jurídicas. 6.11 Responsabilidade do juiz.

### 6.1 O princípio dispositivo e suas principais manifestações.

#### 6.1.1 Princípio e regra.

Costuma-se definir ciência como o conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios.<sup>397</sup> A doutrina utiliza o termo “princípio” com muitas significações: critério, política, sistema, requisito e regra. No Brasil, como na maioria dos países que adotam sistemas jurídicos de origem romanística, os princípios são considerados como fonte do direito,<sup>398</sup> de maneira que estando ou não previstos na lei, são aplicados cogentemente a todos os casos concretos.

O vocábulo princípio origina-se do latim *principium*, significando o primeiro, aquele que ocupa o primeiro lugar. Nessa etimologia,

---

Segundo Rui Portanova, citando Claus-Wilhelm Canaris. *Princípios do Processo Civil*. 4ª ed. Livraria do Advogado, 2001, p. 13.

<sup>398</sup> “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, estabelece o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4.09.1942. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”, preceitua o art. 126 do Código de Processo Civil. A Constituição Federal, em seu art. 5º § 1º, dispõe: “os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...” A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier observa que os princípios nem sempre tiveram, no direito, a importância que hoje lhes tem sido atribuída. Sua inclusão nos Códigos foi gradativa, com o escopo de *evitar* o vazio normativo e passaram a ter relevância, inicialmente, para o direito público, para depois integrar, cada vez mais, as Constituições. Passaram a ser vistos como direito. (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória* Ob. cit., p. 57-58).

compreende-se como origem, arquétipo, início ou começo de qualquer coisa, de onde tudo inicia a ser.<sup>399</sup>

O termo foi introduzido na Filosofia por Anaximandro e Platão aplicou-o em Fedro, como causa do movimento, mas foi Aristóteles quem primeiro catalogou e enumerou os significados de princípio. Na Filosofia enunciam-se, por exemplo, o *princípio da contradição* (uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto); o *princípio da identidade* (o que é, é, ou em forma negativa, o que não é, não é); o *princípio da causalidade* (tudo que começa a existir deve ter uma causa).

Em física, por exemplo, menciona-se o *princípio de Arquimedes* (a impulsão sofrida por um corpo é tanto maior quanto mais o introduzimos dentro d'água).<sup>400</sup> Na teoria do conhecimento é a essência do ser, fundamento de todo o conhecimento.

Certamente não é nesse sentido de que se fala em princípio dispositivo, inquisitivo etc.

Pelo seu étimo, princípio denota a idéia de fenômeno antecedente a um fato e que dá início a algo. Assim, por princípio processual somente se enquadram aqueles preceitos antecedentes a determinado sistema processual e capaz de dar-lhe suporte.<sup>401</sup>

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, “a doutrina processual costuma indicar certos princípios informadores do direito processual que, com

---

<sup>399</sup> A palavra exprime o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa, segundo De Plácido e Silva. Ed. Forense, 1978, p. 1220, v.II. São as verdades primeiras, àquilo que está no *começo de tudo*, como diz a Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões...* Ob. cit., p. 57. “No princípio, criou Deus os céus e a terra.” *Gênesis*, Cap. 1, v.1. “Princípios são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.” Miguel Reale. *Introdução à Filosofia*. Ed. Saraiva, 1994, p. 46. Para Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, Princípios são regras “não escritas, de caráter geral, que têm a função de inspirar e orientar o legislador ao escrever os textos das leis processuais e que nos possibilitam compreender o contexto histórico, ético e moral que influenciou a elaboração da norma processual. Portanto, devem servir de vetores orientativos para o intérprete”. *Curso avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Ed. RT., 1998, p. 62, v.1.

<sup>400</sup> Jônatas Milhomens. *A prova no processo*. Ob. cit., p. 141.

<sup>401</sup> Vallisney de Souza Oliveira. *Nulidade da Sentença e o Princípio da Congruência*. Ed. Saraiva, 2004, p. 63.

maior ou menor intensidade, ocorrem em todos os sistemas legislativos e servem para auxiliar em sua classificação e avaliação, indicando os respectivos pressupostos doutrinários em que eles se alicerçam e suas tendências mais marcantes.<sup>402</sup> “É a interpretação sistemática das regras jurídicas de um determinado ordenamento que evidenciará a adoção desse ou daquele princípio, tenha ocorrido ou não, preferência do legislador. O princípio – seja qual ele for – revela a linha de orientação a ser levada em conta pelo intérprete na solução de casos concretos, e mesmo em se tratando de princípios processuais, do modo como devem conduzir-se os operadores do processo.”<sup>403</sup>

Na ciência jurídica, a doutrina distingue os *princípios gerais* do direito processual, também chamados de *princípios fundamentais* dos *princípios informativos*. Estes, considerados quase que como axiomas – prescindem de maiores indagações e não necessitam ser demonstrados – são: princípios lógicos; princípios econômicos, princípios jurídicos e princípios políticos.<sup>404</sup> Contêm regras de cunho generalíssimo e abstrato, e se aplicam a todas as regras processuais, tanto às de índole constitucional quanto àquelas que estão nas normas ordinárias, independentemente de tempo e lugar. Os fundamentais albergam “um grupo de princípios menos abstratos, menos gerais, mais contextuais, e que se referem a um determinado ordenamento jurídico, levando em conta, inclusive, suas especificidades e características. Alguns deles, em razão da relevância de que se revestem, têm assento na Constituição Federal, situando-se como bases sobre que se constrói todo o sistema normativo processual infraconstitucional”.<sup>405</sup> São por exemplo: a) o

<sup>402</sup> *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Forense, 2005, p. 47, v.I.

<sup>403</sup> Antônio Janyr Dall Agnol Júnior. *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*. *Ajuris* n. 46, ano XVI - jul/1989 - p. 98-99.

<sup>404</sup> Há quem acrescenta a esses quatro princípios, mais dois: *princípios instrumentais* (visualiza mudança na mentalidade do processualista, atualmente mais voltado para resultados substanciais e menos preocupado com a forma) e *princípios efetivos* (busca adequar o processo civil as novas necessidades sociais), conforme Rui Portanova. *Princípios do Processo Civil*. Ob. cit., p. 19-20.

<sup>405</sup> Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini. *Curso avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Ob. cit., p. 62, v.1.

princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal); b) o princípio do contraditório, ou princípio da paridade de tratamento, ou ainda identificado como princípio da bilateralidade da audiência (art. 5º, inc. LV, da CF); c) o princípio dispositivo (art. 2º do CPC), que será analisado mais adiante; d) o princípio do impulso oficial (art. 262 do CPC); e) o princípio da oralidade, que se somam a outros três: da identidade física do juiz, da imediatidade, da concentração da causa; f) o princípio da publicidade, que está ligado ao princípio da motivação das decisões judiciais; g) o princípio da lealdade (art. 14 do CPC).

O *princípio lógico* seleciona os meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e evitar erros. Como o processo é, basicamente, uma seqüência de atos visando um fim determinado, que é a sentença, “há de existir lógica na concepção normativa de tais atos e em sua disposição ao longo do procedimento”<sup>406</sup>. Na sua estrutura, o processo deve ser lógico, de tal maneira que a contestação vem depois da petição inicial. Nesta, o autor narra, primeiramente, os fatos e os fundamentos jurídicos de sua pretensão para depois deduzir o pedido (art. 282 do Código de Processo Civil). Naquela, que deve ser deduzida antes da audiência de instrução e julgamento, deverá o réu, antes de discutir o mérito, alegar as matérias preliminares, dentre outras, a incompetência absoluta e a existência de coisa julgada. Ainda como exemplos desse princípio, no sistema processual brasileiro, é a regra que determina a junção de processos idênticos para julgamento único e a análise, pelo juiz, das preliminares argüidas pelo réu para somente depois analisar o mérito, na oportunidade da prolação da sentença; o *econômico* persegue a verdade com maior racionalidade, num processo desonerado de taxações, acessível a todos e<sup>407</sup> de duração razoável

---

<sup>406</sup> Idem, p. 63.

<sup>407</sup> Rui Portanova. Ob. cit., p. 19-20; Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. Malheiros Editores, 2003, p.50-51.

(art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal)<sup>408</sup>; o *jurídico* visa proporcionar aos litigantes, igualdade no processo e justiça na decisão, além de informar que tudo que se faça no processo deve ser rigorosamente dentro da lei, isto é, o processo deve seguir as regras preestabelecidas em um determinado ordenamento jurídico; e o *político* consiste em dar ao processo a máxima garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade, bem como adequar as regras disciplinadoras do processo com a concepção democrática adotada no país. Esse princípio determina que o juiz deve julgar, ainda que haja lacuna na lei (art. 126 do Código de Processo Civil).

Como o escopo deste estudo é demonstrar que: a) o juiz, diante de sintomas de progressiva adoção de soluções inquisitoriais das doutrinas modernas, tem de exercer, no processo, postura ativa, não mais sendo admitido papel passivo, de mero expectador na formação do conjunto probatório; b) o juiz não é mais “estranho” em relação à exposição fática da lide, quer no que diz respeito à alegação dos fatos em si mesma, quer até no que diz respeito à própria impugnação, o princípio dispositivo tem de ser visto com outra roupagem. Por isso, não se investiga todas as concepções acerca da distinção entre princípios e regras, fazendo-o superficialmente, de forma objetiva.

Não havendo unanimidade na distinção entre princípios e regras, optou-se pelos critérios mais aceitos: a) do caráter hipotético-condicional; b) do modo final de aplicação; c) do conflito-normativo; d) do fundamento axiológico.<sup>409</sup>

Entendem os adeptos do primeiro critério (hipotético-condicional), que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que

---

<sup>408</sup> A respeito do conteúdo vago do conceito, ver *O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*, artigo escrito pela Dra. Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini. *Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 41-49. Obra coletiva. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira.

<sup>409</sup> Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. Malheiros Editores, p. 31.

predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*; “os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicar para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto”.<sup>410</sup>

Para os que defendem o segundo critério, as regras são aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, enquanto que os princípios, de modo gradual *mais ou menos*.

No terceiro critério (conflito-normativo), os autores defendem que a distinção entre regras e princípios é feita pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo. Havendo antinomia entre regras, a solução é a declaração de invalidade de uma delas ou a criação de uma exceção; já entre princípios, há uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles. O princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. A prevalência de um princípio sobre o outro é somente para determinadas circunstâncias concretas.

Os defensores do critério do *fundamento axiológico* consideram os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

Esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito.<sup>411</sup>

---

<sup>410</sup> Idem, p. 31.

<sup>411</sup> A Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier, com quem se concorda, embora compartilha com autores para os quais regras e princípios são normas, não adota tal terminologia proposta. Para a mencionada Professora, “princípios também são regras, ou normas (embora de formulação genérica e quase abstrata), já que, para nós, as duas expressões (normas e regras) são sinônimas. Pensa como nós Paulo Henrique dos Santos Lucon: ‘(...) Na ciência jurídica, os princípios têm a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com a finalidade de atingir resultados eleitos; por isso, são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior às *normas comuns* (ou *normas não principais*’); servem de base axiológica e estruturante do conhecimento jurídico, sendo fontes de sua criação, aplicação ou interpretação. As *normas* por assim dizer *comuns* são, como consequência, subordinadas aos princípios. Para o sistema jurídico, se princípio não for norma nenhuma relação tem com o direito.’” (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 59, nota de rodapé n. 100).

## 6.2 O princípio dispositivo e a prova.

O princípio dispositivo, segundo Adolf Schönke é “aquele que, no processo civil, atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial e praticar os atos do processo. Os fatos não praticados pelas partes não podem ser levados em consideração pelo Juiz; e, por regra geral, tampouco podem praticar provas de ofício”.<sup>412</sup>

O princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos não afirmados no processo e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira.<sup>413</sup>

Pode-se considerá-lo um axioma, uma verdade indiscutível, através do qual se fixa um dispositivo, isto é, algo determinado. Está ligado, pelo menos do ponto de vista histórico, à idéia da disponibilidade das relações jurídicas que são discutidas no processo.<sup>414</sup>

O juiz deve decidir segundo o alegado e provado pelas partes no processo (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*).

Fala-se também que o princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação,<sup>415</sup> determinação do objeto, impulso

<sup>412</sup> *Direito Processual Civil*. 1ª ed. Editora Romana, 2003, p. 42. “El principio dispositivo propiamente dicho consiste en que las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercerlos o no.” (Pedro Aragonese Alonso. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2ª ed. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p.133). “El principio dispositivo, rótulo cuya paternidad atribuye Goldschmidt a Gönner, equivale a decir: señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de este.” Jorge W. Peyrano. *El Proceso Civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1978, p. 52.

<sup>413</sup> Francesco Carnelutti. *A Prova Civil*. Bookseller, p. 35.

<sup>414</sup> “A palavra ‘dispositivo’, por sua origem, sugere relação imediata com o âmbito das relações disponíveis, dos direitos de que os respectivos titulares podem dispor com liberdade, a seu próprio alvedrio”, cf. José Carlos Barbosa Moreira. *O problema da “Divisão do Trabalho” entre juiz e partes. Aspectos terminológicos*. RePro n. 41 - jan-mar/1988 - p. 7.

<sup>415</sup> É o princípio de iniciativa da parte ou princípio da inércia, através do qual o órgão jurisdicional só atua quando reclamada sua intervenção. Loutayf Ranea, citado por Jorge W. Peyrano, afirma: “Casi toda la doctrina y la mayoría de las legislaciones defienden y mantienen vigente el principio de iniciativa de parte. Incluso las ideas más audaces y los ordenamientos legales más avanzados se han detenido al tocar dicha

do processo e produção de provas. Quando puro, consiste em que as partes possuem completo domínio tanto sobre seu direito substantivo como sobre os direitos processuais, no sentido de que são livres de exercitá-los ou não.<sup>416</sup>

O princípio é de inegável sentido liberal, por submeter cada um dos envolvidos no conflito a observância da conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. A iniciativa da demanda está a cargo exclusivo das partes, no entanto, foi Liebman quem traçou a diferença fundamental entre o princípio da demanda e o princípio do impulso processual da ação.

Ovídio Baptista da Silva aponta, com propriedade, a diferença entre o princípio dispositivo e o princípio da demanda. Para ele, o primeiro “diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo”; o segundo “baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo”.<sup>417</sup>

Exemplificando com um caso concreto que diz respeito ao princípio dispositivo, diz o citado autor: “Se o autor, fundado num contrato de mútuo, promove uma ação de cobrança contra o devedor e este não contesta a existência do contrato, mas simplesmente alega já haver pago a dívida, ou que a mesma está prescrita, ao juiz não é dado ter o contrato de mútuo por inexistente.”<sup>418</sup>

---

regla, pues ella se ajusta a la esencia del derecho subjetivo y al respeto al mismo garantizado por el orden jurídico.” (Ob. cit., p. 57).

<sup>416</sup> Celso Agrícola Barbi. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª Forense, 1998, p. 397, v. 1. Arruda Alvim desdobra o princípio em três subprincípios: a) propositura da demanda; b) vinculação do juiz aos fatos alegados; c) vinculação do juiz às provas produzidas (*Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. RT, 1972, p.115, v.1). “El llamado *Dispositionsprinzip* implica que las partes tienen la potestad de elección entre el ejercicio e no ejercicio de sus derechos materiales y procesales.” Pedro Aragonese Alonso. Ob. cit., p.132, nota de rodapé.

<sup>417</sup> *Curso de Processo Civil*. 7ª Ed. Forense, 2005, p. 47-50, v. 1.

<sup>418</sup> Ob. cit., p. 47-48.



Consubstancia-se, pois, o princípio, no poder único e exclusivo das partes fazerem suas próprias afirmações e produzirem as provas que melhor lhes convierem. Viola o princípio o juiz que baseia sua decisão em afirmações não feitas no processo ou produz provas não requeridas pelas partes.

O princípio dispositivo atingiu grau mais elevado na segunda metade do século XIX, quando “la desconfianza existente en esa época hacia todo lo que formara parte del aparato estatal, recayó también en su rama judicial; recelo harto justificado, cuando se rememoran las arbitrariedades cometidas por jueces que eran meros delegados del poder político. Aun después del triunfo de las ideas de Montesquieu sobre la ‘división de los poderes’, subsistió una especial sensibilidad respecto de todo lo que pudiera significar una intromisión estatal perturbadora del libre albedrío del ciudadano o, en su caso, del justiciable. Por elle es que las normas procedimentales se consideraban de derecho privado, siendo opinión unánimemente recibida en la época ‘que el juicio pertenece a las partes’”.<sup>419</sup>

Subsistia a idéia de que o princípio dispositivo salvaguardava a imparcialidade do juiz. Havia certa desconfiança, que ainda hoje persiste, no aparato estatal. Até então confundiam os processualistas a relação jurídica de direito processual e a relação jurídica de direito material.<sup>420</sup> Essa confusão levava a disponibilidade do direito material com o direito processual.

Como anteriormente assinalado, após a colocação publicista do processo, o princípio foi abrandado, não sendo mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial.

Na realidade, tanto o *princípio dispositivo* como seu contraposto, o *princípio inquisitório*, não ocorrem de modo exclusivo em

---

<sup>419</sup> Jorge Peyrano. *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*. Ob. cit., p.52-53.

<sup>420</sup> Bibiloni, citado por Jorge W. Peyrano, afirmava que o Direito Processual Civil era um capítulo ou faceta do direito comum. Ob. cit., p. 53.

nenhum sistema processual, dando o legislador prevalência ora a um ora ao outro, de modo que quando se diz, por exemplo, que um procedimento é dispositivo, não significa ser o único a governar o processo. Num e noutro o juiz tem certos poderes (maiores ou menores, é certo, segundo o influxo do princípio inquisitivo), e ao mesmo tempo certas iniciativas exclusivamente são das partes, de maneira que o juiz não pode tomá-las no lugar delas (segundo o influxo do princípio dispositivo).<sup>421</sup>

### 6.3 Identificação do fenômeno.

A doutrina tedesca identificou a existência de dois fenômenos diferentes para separar o princípio dispositivo. O primeiro refere-se à propositura da demanda (*Dispositionsmaxime*) e o segundo (*Verhandlungsmaxime*)<sup>422</sup> representa o princípio dispositivo propriamente dito.<sup>423</sup> Para os processualistas italianos a diferenciação fica circunscrita entre princípio dispositivo formal e princípio dispositivo material.

O termo *Dispositionsmaxime* diz respeito ao poder de decidir sobre a instauração do processo, sobre a respectiva subsistência e sobre a delimitação do litígio; *Verhandlungsmaxime* é o poder de introduzir no processo a matéria de fato, de decidir sobre a necessidade da respectiva verificação e de tomar a iniciativa desta.<sup>424</sup>

Há, no entanto, quem só admite falar de um princípio dispositivo em sentido processual como correlato da *Verhandlungsmaxime*, enquanto que, no sentido material, denominam *Dispositionsmaxime*.

---

<sup>421</sup> Devis Echandia. *Teoría General del Proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 61.

<sup>422</sup> *Verhandlungsmaxime* significa ao pé da letra “máxima (ou princípio) do debate, e está a indicar a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidem de trazer à discussão em juízo, na precisa lição de José Carlos Barbosa Moreira. *O problema da “Divisão do Trabalho” entre juiz e partes: Aspectos terminológicos*. RePro n. 41/7, jan-mar/1986.

<sup>423</sup> Mauro Cappelletti. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 303.

<sup>424</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *O problema da “Divisão do Trabalho”*. Ob. cit., p.10.

Diante das divergentes terminologias, um traço é constante na literatura peninsular contemporânea: O princípio dispositivo é reservado tão-somente para os reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. Tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor por meio de atos processuais, tais como a renúncia, a desistência, o reconhecimento do pedido, não podendo o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.<sup>425</sup>

Cappelletti também não reconhece natureza processual ao princípio dispositivo, ao afirmar que “la consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente: que las partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos substanciales deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal”.<sup>426</sup>

Jorge W. Peyrano concordando com o pensamento de Cappelletti, explica que a expressão *ordem pública*, nunca bem delineada, é o obstáculo para não se reconhecer o princípio dispositivo em sentido material, e acrescenta: “El principio dispositivo en sentido formal, en cambio, no es más que el resumen de la serie de atribuciones conferidas a los litigantes que inciden primariamente sobre la relación procesal. Entre ellas puede computarse la aportación de hechos y pruebas, como también varios de los medios extintivos del proceso.”<sup>427</sup>

Consubstancia-se, assim, o princípio dispositivo em sentido substancial dizendo respeito à relação de direito material; em sentido formal

---

<sup>425</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª RT, 2001, p. 90. José Carlos Barbosa Moreira. *O problema da “Divisão do Trabalho”*. Ob. cit., p. 11.

<sup>426</sup> *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las Grandes Tendências Evolutivas*. Buenos Aires: Europa-America, 1973, p. 45.

<sup>427</sup> *El proceso Civil. Principios e Fundamentos*. Ob. cit., p.55.

diz respeito à relação jurídica processual, quando, então, possibilita às partes disporem das faculdades processuais que a lei instrumental lhes confere.

A doutrina italiana ao tentar distinguir o princípio em formal e material, está a fazê-lo com o princípio da demanda. O princípio dispositivo é um só e expressa, de imediato, a noção de disponibilidade do direito material, pois sua etimologia contribui decisivamente para tanto.

O monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso. Persiste a inércia ainda que indisponível<sup>428</sup> o direito subjetivo material.<sup>429</sup> A Constituição Federal institui outro órgão e lhe atribui legitimidade para propor a demanda. É o caso do Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da tarefa de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 *caput* da CF). A ele, como função institucional, está assegurado constitucionalmente (art. 129 da CF), por exemplo, o monopólio da ação penal pública (inc. I), o inquérito civil, a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inc. III), bem como promover a ação de inconstitucionalidade ou representação da União e dos Estados (inc. IV) e defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (inc. V).

Como leciona José Roberto dos Santos Bedaque, “o texto da nova Constituição Federal ampliou bastante o campo de atuação do Ministério Público, o que representa, indiscutivelmente, uma “publicização” das relações materiais.”<sup>430</sup>

Algumas exceções ao princípio da inércia existem, como estatui o art. 989 do Código de Processo Civil, possibilitando ao juiz, de

---

<sup>428</sup> Como o são normalmente os direitos da personalidade (direito à vida, à integridade física, à liberdade, de ter nome e ao nome, à honra etc).

<sup>429</sup> Estabelece o art. 262 do Código de Processo Civil: “O processo civil começa por iniciativa da parte...”

<sup>430</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 91 (nota de rodapé n. 37).

ofício, dar início ao inventário, se nenhuma das pessoas legitimadas para fazê-lo não o requerer no prazo legal. Trata-se procedimento especial de *jurisdição contenciosa* de direito eminentemente disponível.

Com isso, pode-se afirmar que não é monopólio da parte a instauração do processo, ou como diz José Roberto dos Santos Bedaque, não é a natureza da relação jurídica de direito material que determina a impossibilidade de o magistrado dar início ao processo. “Assim, o *Dispositionsmaxime*, que alguns entendem como “princípio da demanda” e outros como “princípio dispositivo”, não decorre da disponibilidade do direito substancial.”<sup>431</sup>

Observa-se, por outro lado, que o art. 460 do Código de Processo Civil proíbe o juiz de proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Implica reconhecer que ao juiz não é dado julgar fora nem além dos limites do pedido, mas, embora seja essa a regra, mesmo quando se litigue sobre direitos disponíveis há exceções, como o direito ao reembolso das custas processuais e dos honorários advocatícios, prestações suscetíveis de condenação na sentença, independente de pedido (art. 20 do CPC). Some-se a isso outras possibilidades de decisão fora dos limites do pedido, tais como, por exemplo, a aplicação de multa nos casos que constituem ato atentatório ao exercício da jurisdição (parágrafo único do art. 14), ou litigância de má-fé (art. 18), na tutela específica (art. 461 e 461-A).

Conclui-se assim, como José Roberto dos Santos Bedaque, que “a denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer

---

<sup>431</sup> Idem, p. 92.

nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão tornaria possível sua utilização para representar tais restrições”.<sup>432</sup>

Até mesmo quem reconhece haver nexo entre a disponibilidade do direito e o monopólio da demanda pela parte, defende a iniciativa oficial quanto à prova, por admitir que o Estado tem interesse que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível.

Na doutrina e na jurisprudência brasileira encontra-se quem defenda que a amplitude da iniciativa probatória do juiz varia conforme o direito litigioso se sujeite ou não ao poder de disposição das partes.<sup>433</sup>

Há também quem afirme que “o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal* (aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios”, mas “quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à verdade formal”.<sup>434</sup> Cabe aqui a descoberta da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença.

---

<sup>432</sup> Ob. cit., p. 93.

<sup>433</sup> Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Saraiva, 1989, p. 79, v.2; José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed. At. Vilson Rodrigues Alves. Bookseller, 1997, p. 221, v.II. A 4ª Turma do STJ decidiu, por unanimidade, que “o processo civil rege-se pelo princípio dispositivo (*iudex secundum allegata (et probata) partium iudicare debet*), somente sendo admissível excepcionar sua aplicação quando razões de ordem pública e igualitária o exijam, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. Não assim quando, como na espécie, gravitando a demanda em torno de interesses exclusivamente patrimoniais e gozando as partes de situação financeira privilegiada, ressaia nítido o intuito de uma delas de ver suprida deficiência probatória em que incorreu”. (REsp 33200/SP, j. 13.03.1995. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

<sup>434</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. Malheiros Editores, 2003, p. 65.

A satisfação com a *verdade formal* é a relativização da obtenção da verdade que não se constitui fim em si mesmo, senão simples *meio* para aplicação do direito ao caso concreto. “O caráter conflituoso do processo, por exemplo, constitui fator que concorre decisivamente para tal relatividade. Mas não é só. Uma vez proibida a decisão de *non liquet* (art. 126 do CPC), o juiz, com prova ou sem ela para formar o seu convencimento, tem o poder-dever de julgar, e então entram em cena as regras de julgamento pertinentes ao ônus da prova, baseadas na experiência, nem sempre com exata correspondência na realidade dos fatos. Demais, o fato principal com que trabalha o órgão judicial é sempre e só fornecido pelas partes. Isso para não dizer que “a prova impõe-se realizada segundo regras previamente estabelecidas. Assim, forçoso é reconhecer que a verdade processual nunca é absoluta, mas relativa, e sempre em certa medida formalizada. Por outro lado, importa assinalar o caráter puramente terminológico da discussão a propósito do antagonismo entre verdade material e formal. É que o conceito de verdade formal não implica um grau menor de verossimilhança em comparação com o de verdade material, mas a satisfação da ordem jurídica pelo resultado obtido com o emprego dos meios estabelecidos. O juiz, de resto, forma a sua convicção, sempre e necessariamente, com a verdade *possível*, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança.”<sup>435</sup>

Não se pode esquecer que a sentença seja qual for a verdade que se queira nominar (formal, material ou possível), tem de acomodar essa verdade e o direito, por ser uma questão de interesse social. Eis a razão porque, no processo civil moderno, deve-se dar ao juiz faculdades especiais em matéria de prova, para executá-las com absoluta liberdade. A falta de iniciativa dos litigantes e as manobras destas não podem burlar a justiça, a lealdade processual, a boa-fé, a igualdade das partes, a economia e a

---

<sup>435</sup> Sérgio Luís Wetzel Mattos. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Forense, 2001, p. 18-19.

celeridade do processo. O juiz deve pôr freio nas atividades dilatórias ou dolosas dos litigantes e evitar a injustiça da sentença que nega o direito da parte cujo advogado descuida da defesa ou é menos capaz, o que ocorre geralmente com os mais pobres ou ignorantes.

A iniciativa probatória não está reservada às partes em razão da natureza disponível do direito litigioso. Ao juiz é defeso iniciar, *ex officio*, o processo, seja qual for o direito controvertido, e julgá-lo fora ou além do que foi pedido, sob pena de comprometer a sua imparcialidade, *pedra de toque* da jurisdição. Mas, depois de instaurada a demanda, cabe ao juiz a direção do processo, sempre com a colaboração das partes. O juiz dirige a marcha do processo não só formal, mas também materialmente, pois impende, acima de tudo, a satisfação do interesse público na atuação concreta da lei para a justa composição dos conflitos.<sup>436</sup>

Aliás, se é função do juiz julgar bem e com justiça, tem de aplicar bem normas jurídicas a fatos, o que, obviamente, é imprescindível conhecer bem esses fatos. Por isso, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira “quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispendo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de *seus* direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder *do juiz* de averiguar o fato”.<sup>437</sup> Seja, portanto, qualquer abrangência que se dê ao princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz.<sup>438</sup>

E o Código de Processo Civil preleciona nesse sentido, ao dispor no art. 130 que cabe ao juiz determinar de ofício a realização das

---

<sup>436</sup> O processo, segundo Alsina, “es un organismo sin vida propia que avanza al tiempo que se construye”, in Jorge W. Peyrano. Ob. cit., p. 57. O impulso processual não é outra coisa senão o sopro de vida dado pelo juiz ao processo para que ele se desenvolva e se desenlace.

<sup>437</sup> *O juiz e a prova*. RePro n. 35 – jul-set/1984 - p. 180.

<sup>438</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do Juiz*. Ob. cit., p. 93. Lembrando que se o autor não inclui em sua petição inicial fato que se provado poderia melhorar sua posição no processo, não terá cumprido com a carga de indicar todo o material fático, devendo, por isso, suportar as consequências de sua omissão. Neste caso, o juiz não tem o dever de completar o elenco de fatos relevantes para a decisão da controvérsia. Nesse sentido, Jorge W. Peyrano. Ob. cit., p.61-62.



provas necessárias à instrução do processo. Mas não só ai; as regras particulares dispostas nos arts. 342, 355, 382, 418, 426, II e 440 também lhe confere poderes para determinar de ofício as medidas de instrução necessárias para o seu convencimento.

Com efeito, a disponibilidade do direito material não serve para justificar o *princípio dispositivo*, concebido como diretriz limitadora dos poderes instrutórios do juiz.<sup>439</sup>

Com relação ao poder das partes de pôr fim ao processo mediante atos bilatérias ou unilaterais, pondera José Carlos Barbosa Moreira afigurar-se “lógico referir à disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem dúvida aprecia a matéria pelo prisma da validade – verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível – mas não pode pronunciar-se sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado “dispositivo”.<sup>440</sup>

Quando, então, as partes transigirem ou o autor renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, extingue-se o processo por ato de disposição delas. No dizer de Sérgio Luís Wetzel Mattos, “o *princípio dispositivo*, contanto que entenda exclusivamente com os atos de disposição que as partes pratiquem no curso do processo, tem como fundamento a natureza disponível do direito material”.<sup>441</sup>

---

<sup>439</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *O problema da “Divisão do Trabalho” entre o juiz e partes: Aspectos terminológicos*. Ob. cit., p. 8.

<sup>440</sup> Idem, p. 11.

<sup>441</sup> Ob. cit., p. 24.

#### 6.4 Verdade real e verdade formal.

A verdade escreve Malatesta, é a conformidade da noção ideológica com a realidade. “Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva.”<sup>442</sup>

A doutrina tem procurado fazer distinção entre verdade formal (judicial ou processual) e verdade real ou material (histórica, empírica ou simplesmente verdade). A primeira é estabelecida no processo por meio das provas produzidas exclusivamente pelas partes, sem intervenção nenhuma do juiz; é uma verdade puramente processual. A segunda refere-se ao mundo dos fenômenos reais que existem fora do processo. É uma verdade real e verdadeira.

Costuma-se associar o conceito de verdade material ou real ao processo penal, onde é mínimo o poder dispositivo das partes em relação às provas. Em contraposição, moldou-se a verdade formal ao direito processual civil, onde seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova.<sup>443</sup>

A verdade relativa é aquela sempre procurada, mas nunca alcançada. Se somente pode ser procurada e apresentar-se através dos sentidos e da inteligência, compreende-se logo, precária como são os primeiros, e insuficiente como a segunda, então a relatividade deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade.<sup>444</sup>

Em matéria criminal, assinala J.C.Mendes de Almeida não haver ação penal sem corpo de delito. É, segundo esse autor, “o crime fora do processo, com seus elementos materiais tangíveis, concretos, que determinam

---

<sup>442</sup> *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2º ed. Bookseller, 2001, p. 25.

<sup>443</sup> Jorge W. Peyrano depois de afirmar ser usual a afirmação de que no processo civil dispositivo reina a verdade formal, enquanto que no processo penal persegue-se a verdade real, conclui preferir, o citado autor, que o processo civil contemporâneo persegue também a verdade histórica. *El proceso civil. Principios e fundamentos*. Ob. cit., p. 79.

<sup>444</sup> Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Ob. cit., p. 4.

de modo necessário o procedimento da autoridade administrativa como autoridade judiciária”.<sup>445</sup>

É o princípio da verdade real, pois o juiz há de se ater à realidade. Assim sustentam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Para eles, “no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença”.<sup>446</sup>

A antítese (verdade material-formal) é atualmente criticável, quer do ponto de vista terminológico, quer do ponto de vista substancial. A crítica mais evidente seria sobre a absoluta disponibilidade do processo civil. Nas ações de estado, por exemplo, os direitos substanciais em jogo são de caráter indisponível, como o são os direitos do consumidor, do meio ambiente e, de regra, os do próprio Estado.

Sob o aspecto terminológico, a doutrina tradicional sustenta uma distinção calcada na adequação da verdade à realidade dos fatos. Isso, no processo penal, corresponderia à verdade real, enquanto que no processo civil se chegaria a reputar provados fatos incertos, simplesmente porque as partes assim o admitiram.<sup>447</sup>

Carnelutti criticando essa distinção assegura não se tratar mais do que uma metáfora. A verdade é uma só, de maneira que a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade.<sup>448</sup>

De semelhante modo, Michele Taruffo, para quem “la distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable

---

<sup>445</sup> *Diretrizes do Processo no Código Penal*. Revista Forense n. 478, abr/1943, p. 12, v.94.

<sup>446</sup> *Teoria Geral do Processo*. Ob. cit., p. 65.

<sup>447</sup> “O processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas. Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.” Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. Ob. cit., p. 66.

<sup>448</sup> *A Prova Civil*. 2ª ed. Bookseller, 2002, p.48.

por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente “distinta” y autônoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por médio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de limites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtner verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo.”<sup>449</sup>

Dinamarco, com propriedade sustenta que “a *verdade* e a *certeza* são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a “segurança jurídica”, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou “segurança”, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas”.<sup>450</sup>

Lúcida a ponderação de Ovídio A. Baptista da Silva, forte em Jeremy Bentham e Alessandro Giuliani: “É necessário cuidado quando, ao tratar de uma questão probatória no domínio da ciência jurídica, alude-se ao conceito de verdade, imaginando-se que a prova de um fato equivalha-se à demonstração da veracidade de sua existência. No direito moderno e por influência do utilitarismo que tem marcado de forma tão profunda toda a filosofia contemporânea, verifica-se uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da *verossimilhança da existência de uma determinada realidade*, restaurando-se, neste sentido, a doutrina

---

<sup>449</sup> *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 24-25.

<sup>450</sup> *A Instrumentalidade do Processo*. 11ª ed. Malheiros Editores, 2003, p. 389.

aristotélica da *retórica*, como ‘ciência do provável’, a que se chega através de um juízo de probabilidade.”<sup>451</sup>

Daí afirmar-se que o juiz decide não pelo que aconteceu antes do processo, mas de acordo com a apresentação dos fatos, com seus elementos, pelas partes, dentro do processo.

Já não se admite mais contrapor a verdade formal com a verdade material.<sup>452</sup> A verdade é um objetivo a ser alcançado no processo. Nele existe apenas uma verdade, a verdade judiciária, aquela que surge de um procedimento desenvolvido em contraditório e baseado em critérios de admissibilidade.

A par disso, conclui-se o porquê da vigência, onde vigora o princípio dispositivo, da proibição entre os litigantes, que devem agir com lealdade e boa-fé. Não são raros os casos de simulação processual em que as partes usam o processo para prejudicar terceiro ou burlar a lei.

## **6.5 O princípio inquisitivo e o princípio dispositivo.**

Foi visto anteriormente que o princípio dispositivo, em sua pureza, tem dois aspectos: a) por primeiro, cabe às partes propor a demanda, dando início ao processo ou desistir dele. Assim delimitado coincide com a máxima *nemo iudex sine actore*; b) por segundo, corresponde às partes solicitar as provas, sem que o juiz possa ordená-las de ofício.

Em outras palavras: corresponde às partes a iniciativa em geral e o juiz deve ater-se exclusivamente às atividades destas, sem que lhe seja permitido tomar qualquer iniciativa, de ofício, na busca do material

---

<sup>451</sup> *Curso de Processo Civil*. Ob. cit., p. 320.

<sup>452</sup> Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque assinala: “O que não se pode mais aceitar é a suposta vinculação do juiz civil à denominada *verdade formal*, prevalecendo a *verdade real* apenas no âmbito penal. Tais expressões incluem-se entre aquelas que devem ser banidas da ciência processual. Verdade formal é sinônimo de *mentira formal*, pois constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material.” *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 16.

probatório e estabelecer a verdade para saber qual delas tem razão na afirmação dos fatos.

O inverso ocorre no princípio inquisitivo, que permite ao juiz investigar a verdade, por todos os meios legais a seu alcance, para determinação dos fatos postos pela parte como fundamento da demanda.<sup>453</sup>

No chamado princípio inquisitivo compete ao juiz, ainda que inativas as partes, decidir sobre os meios de provas, mesmo que não pedidas, facultando-lhe iniciar, de ofício, o processo e dirigi-lo com iniciativas pessoais.

Como ressaltado anteriormente, em matéria processual civil predomina desde fins do século XIX, o princípio dispositivo; no processo criminal o predomínio, há vários séculos, é do princípio inquisitivo, no qual o juiz é diretamente *interessado* no acertamento da verdade para o fim de firmar a inocência ou a culpabilidade do imputado.

Foi na legislação prussiana, em meados do século XVIII, iniciado sobre o reinado de Frederico, o Grande, que o sistema inquisitivo vingou com toda a sua evidência.

Informa Robert Wyness Millar que “inspirando notablemente en la obseción del Rey de que los letrados eran responsables de las poco satisfactorias condiciones de la justicia civil (referindo-se quando ainda vigorava o princípio dispositivo) el sistema creado trató de reducir su influjo al mínimo posible, por la ampliación de las funciones de los tribunales. El nuevo régimen, cuyo gérmen radicaba en um código provisional adoptado para Pomerania en 1747 – la que, se dice en tiempos antiguos era llamada ‘Terra Litigiosa’ – fue convertido en 1781 en ley general, y,

---

<sup>453</sup> Devis Echandía. *Teoría General del Proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p.60; Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. Ob. cit., p. 48. O princípio dispositivo é mais amplo que o princípio inquisitivo. Neste “significa que sin acusación no hay juicio, para impedir que el Juzgador sea Juez y parte, pero ello no comporta que, por regla general, el acusador disponga del objeto del proceso”. Pedro Aragonese Alonso. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1997, p. 132.

finalmente, después del advenimiento al trono de Frederico II, se aperfeccionó en la Ordenanza Judicial General (*Allgemeine Gerichtsordnung*) de 1793-5. Según este sistema, las alegaciones de las partes eran formuladas por un juez delegado – *el Instruent* – o por funcionarios judiciales subordinados, conocidos como ‘comisarios de justicia’ (*Justiz-Kommissare*) que entonces formaban el único cuerpo reconocido de profesionales juristas. Dichos comisarios comparecían también en la recepción de la prueba, patrocinando a las partes. La representación por otros abogados se limitó a la discusión (por escrito) de las cuestiones de derecho involucradas en la causa. De esta manera, la acumulación del material del juicio quedó sujeta al control del tribunal”.<sup>454</sup>

Acreditava-se que só a prática de delitos interessava diretamente à sociedade; no processo civil não se admitia existir questões de interesse geral, o que era resquícios do primitivo sistema da justiça privada e do caduco conceito de nele só se discutir questões de exclusivo interesse das partes, ante as quais o juiz deveria ser um simples espectador que se limitava a dar razão ao vencedor.

Esse critério, além de equivocado, não se admite mais hoje em dia, porque praticar justiça e obter uma sentença que se acomode com a verdade e o direito é uma questão de interesse social, qualquer que seja o ramo do direito objetivo a que corresponda a questão que constitui o objeto do processo: civil, penal, trabalhista etc.

Peyrano encontrou três características do princípio inquisitivo: a) a primeira consiste na faculdade do órgão judicial ou do Ministério Público propor a demanda de interesse e para satisfação de particulares; b) a segunda, encontrada na lei processual da ex-União Soviética, consiste em que a prescrição pode ser conhecida de ofício pelo Tribunal. Segundo esse autor, isso é um traço marcante e característico do

---

<sup>454</sup> *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Buenos Aires: Ediar, (s.d.), p.70.

princípio inquisitivo, uma vez que o Tribunal pode sobrepassar os limites da demanda, tendo em vista os interesses legítimos das instituições estatais, das empresas, das cooperativas e dos interesses dos cidadãos. Subordina-se o interesse material da parte a um interesse do grupo social; c) a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer demanda.<sup>455</sup>

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “por contingências históricas, o princípio inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não-contraditório e escrito. Pela mesma razão desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a ‘rainha das provas’: a confissão”.<sup>456</sup>

Outro traço característico é a inexistência no princípio, de regras sobre a distribuição do ônus da prova.<sup>457</sup>

Mas a doutrina tem reconhecido amplamente a essência do ônus da prova como regra de julgamento, destacando a mediatidade existente entre a atividade probatória das partes e o resultado por elas perseguido no processo.

Nesse contexto, mesmo reconhecendo os poderes instrutórios do juiz, não se anula o problema do ônus da prova. Talvez as hipóteses em que tenha de lançar mão da regra de julgamento sejam mais raras, mas, com toda certeza não são eliminadas, saindo o juiz em busca da verdade dos fatos ao lado das partes.<sup>458</sup>

Ao discorrer sobre o processo inquisitório, Gian Antonio Micheli afirma: “considerando in genere i processi dominati dal principio della officiosità, è pur vero que in essi giudice dispone di ampi poteri allo

---

<sup>455</sup> *El Proceso Civil. Principios e Fundamentos*. Ob. cit., p. 52.

<sup>456</sup> *Teoria Geral do Processo*. Ob. cit., p. 58.

<sup>457</sup> Hélio Márcio Campo. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 83.

<sup>458</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *O juiz e a prova*. RePro n. 35, cit., p. 181.



scopo di formasi il proprio convincimento; egli quindi potrà eventualmente ordinare d'ufficio mezzi istruttori in pur larga misura, ma non giungendo anche per tale via a conseguire il grado de persuasione, sufficiente per emettere un giudizio, la legge gli verrà in soccorso, prescrivendogli di decidere in ogni caso...”<sup>459</sup>

Leo Rosenberg igualmente sustenta: “... el dominio de la *máxima inquisitiva* no impide absolutamente la existencia y la eficacia de las normas sobre la carga de la prueba; pues también en un procedimiento así estructurado puede ocurrir – en la opinión de algunos, hasta con más frecuencia que en un procedimiento regido por la máxima dispositiva -, que un hecho importante no se compruebe como verdadero. Por consiguiente, el juez necesita también aquí alguna indicación sobre la manera cómo debe decidir, ya que el procedimiento no puede terminar con un *non liquet*.”<sup>460</sup>

Com efeito, quanto ao ônus da prova, seja qual for o tipo de processo, dominado pelo princípio dispositivo ou pelo inquisitório, admite-se a ampla investigação probatória do juiz, ressaltando, porém, que sempre haverá possibilidade de o juiz se defrontar com uma situação de incerteza quanto ao material fático da demanda. Nesse caso ele deverá julgar segundo a regra de julgamento baseada no ônus da prova, seja qual for a estrutura do processo.

Nenhum destes dois sistemas se aplica com caráter exclusivo, de sorte que, quando se diz, por exemplo, que um procedimento é dispositivo, não significa ser ele o único a governar o processo. Em todos os sistemas legislativos tem-se outorgado ao juiz certos poderes (maiores ou menores, segundo a influência do princípio inquisitivo), e ao mesmo tempo

---

<sup>459</sup> *L'onere della prova*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1966, p. 189.

<sup>460</sup> *La Carga de la Prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2002, p. 45-46.

certas iniciativas exclusivamente às partes, de maneira que o juiz não pode tomá-las no lugar destas (segundo a influência do princípio dispositivo).<sup>461</sup>

O princípio inquisitivo tem aplicações no Código de Processo Civil Brasileiro, como na generalidade dos Códigos modernos. São alguns exemplos: a) o juiz deve declarar de ofício quando absolutamente incompetente (art. 113); b) os impedimentos que tem de conhecer de ofício (art. 134); c) as nulidades que afetam o processo (art. 243); d) os casos de reexame necessário, quando o processo deve subir ao Tribunal, mesmo que não haja recurso das partes (art. 475); e) a determinação, de ofício, das provas necessárias à instrução do processo (art. 130); f) evitar a fraude processual, dar efetividade à igualdade processual entre as partes etc.

Outros elementos de inquisitoriedade encontrados no processo civil são naqueles casos em que a par do interesse das partes, exista interesse comum, ou geral, como por exemplo, na anulação de casamento. O interesse geral é de que o casamento válido não venha a ser anulado fraudulentamente, recaindo ao juiz o dever de indagar a realidade dos fatos. Nesta hipótese, o acordo das partes não pode ser simplesmente acolhido, pois o processo deixa de ser dispositivo no que diz respeito à prova.

Muito se tem discutido se em tal sistema inquisitivo a sentença faz coisa julgada quando o juiz não se pronuncia sobre mérito, por falta ou insuficiência de prova. Aqueles que se inclinam pela negativa sustentam que em tal hipótese, a sentença não está sequer sujeita a recurso, por faltar nela uma parte vencida.<sup>462</sup> Vasali, por seu turno, defende o contrário, por considerar que tal providência é suscetível de passar em julgado, de maneira que se tem um vencido e, por conseguinte, um legitimado para a impugnação.<sup>463</sup>

---

<sup>461</sup> Hélio Márcio Campo. Ob. e p. cites.

<sup>462</sup> Gian Antonio Micheli. *La Carga de La Prueba*. Buenos Aires: Europa-América, 1961, p. 182.

<sup>463</sup> *Apud* Gian Antonio Micheli. Ob. e p. cites.

Como solução, Micheli, acompanhando Chiovenda, propõe “que o juiz, naqueles casos de insuficiência ou falta de provas, cuja decisão não pode ser um *non liquet*, eis que vedado assim está a sentença a ser proferida, e uma vez tendo resultado inexitosa a busca *ex officio*, deverá então nas questões concretas e particularizadas adotar um critério de decisão legal, diverso para cada demanda. É que o juiz deve julgar sempre, mesmo que seja *ex informata conscientia* e não somente *allegata et probata partium*”.<sup>464</sup>

### 6.6 O princípio dispositivo e os direitos indisponíveis.

Dividem-se as opiniões acerca da iniciativa probatória do juiz com a disponibilidade ou indisponibilidade do direito material discutido no processo.

Como anteriormente salientado, é comum a argumentação no sentido de que a iniciativa probatória do juiz somente é aceitável, ainda que com limites, em processos que versem sobre direitos indisponíveis ou de ordem pública. Sendo disponível, a atuação oficial pertence quase que exclusivamente às partes.<sup>465</sup>

É que por trás dessa assertiva, sustenta-se que em se tratando de direitos disponíveis, omitindo a parte na produção das provas sobre os fatos que afirmou, está exercendo legítima prerrogativa, eis que abre mão total ou parcial do direito material invocado, ou preferiu não se valer de tal ou qual prova, ainda que seu direito material possa ser prejudicado.

A idéia não resiste a uma análise mais atenta, pois que a omissão probatória nem sempre é sinônimo de disponibilidade do direito material pelo seu titular. Por vezes a omissão na produção da prova em processos sobre direitos disponíveis está deles conscientemente abrindo

<sup>464</sup> Apud Hélio Márcio Campos. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Ob. cit., p. 83-84.

<sup>465</sup> Micheli. *L'onere della prova*. Ob. cit., p. 189; José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil*. At. Wilson Rodrigues Alves. Bookseller, 1997, p. 221.

mão.<sup>466</sup> Já foi dito anteriormente que não basta tratar-se de direito indisponível; o princípio da igualdade das partes encontra guarida constitucional (art. 5º, LV, da CF), se bem que a sorte nem sempre protege quem não consegue acesso aos bens econômicos e assim chega aos tribunais em situação de inferioridade aos bafejados pela fortuna. Quando isso acontece, um amparo especial há de ser deferido aos carentes de meios materiais de defesa, recaindo ao juiz o dever de lhes dar um tratamento assistencial para equilibrar tanto quanto possível as diferenças sociais.<sup>467</sup>

Ensina Cappelletti que o juiz pode corrigir erro dos advogados, logrando uma real igualdade das partes quando uma delas, por razões econômicas, não está em condições de assegurar uma defesa suficientemente hábil e qualificada.<sup>468</sup>

Em se tratando os direitos em apreciação disponíveis, a iniciativa oficial não mais significa intromissão do juiz na esfera privada das partes, ante a concepção publicística e social do processo. O interesse do julgador reside na correta aplicação da lei, na justiça como resultado final do processo, sendo não só legítimo como seu dever buscar a verdade processual.<sup>469</sup>

Assim, uma vez provocada a jurisdição e desde que não haja extinção do processo pela desistência ou ato dispositivo análogo, o seu resultado tem de ser a justiça, relativa e possível no processo, mas sempre justiça.<sup>470</sup> A justiça é sempre indisponível, tanto pelas partes, como pelo juiz.<sup>471</sup>

---

<sup>466</sup> Sidney da Silva Braga. *Iniciativa probatória do juiz no Processo Civil*. Saraiva, 2004, p. 126.

<sup>467</sup> Humberto Theodoro Junior. *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense n. 263 cit., p. 46.

<sup>468</sup> *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1972, p. 125-126.

<sup>469</sup> Sidney da Silva Braga. *Iniciativa probatória*. Ob. cit., p. 127.

<sup>470</sup> A parte pode sempre desistir da ação. Salvatore Satta. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed. Ed. Borsoi, 1973, p. 199, v. I.

<sup>471</sup> Sidney da Silva Braga. *Iniciativa probatória*. Ob. e p. cit.

Nos procedimentos de jurisdição voluntária, geralmente envolvendo direitos indisponíveis, há mais amplitude dos poderes instrutórios do juiz, pois o Código de Processo Civil, no seu art. 1.107 dispõe que “os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”. O texto legal, ao menos aparentemente, abrange mais do que o art. 130 do mesmo Código. Nesse caso vige o princípio inquisitorial, embora normalmente o procedimento é instaurado por provocação da parte ou pelo Ministério Público.

É certo, porém que Calamandrei assinala não bastar tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária ou que haja um interesse público no processo para tratá-lo de inquisitivo. É necessário que o Estado tenha interesse naquelas situações em não permitir sua modificação senão mediante uma declaração judicial de certeza.<sup>472</sup>

Problema que surge nos procedimentos de jurisdição voluntária e nas causas que tratam de direitos indisponíveis é saber que rumo tomar quando as provas produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz, não afasta sua perplexidade ou de certeza de justiça. O juiz não formou convicção.

Calamandrei entende, e parece mesmo ser essa a melhor opção, que nessas hipóteses, não havendo prova, ou são insuficientes, incompletas, contraditórias ou conflitantes, é de bom alvitre deixar a situação como está, mantendo-se o estado jurídico. É menos perigoso, diz ele, deixar tudo como se encontra “entre el actor que pide la modificación de un cierto estado jurídico, y el demandado que pide que so lo mantenga, el Estado mira

---

<sup>472</sup> *Apud* Jorge W. Peyrano. *El Proceso Civil. Principios e Fundamentos*. Ob. cit., p. 74.

con mejores ojos al segundo, y trata, facilitandole la prueba de las excepciones, de ponerlo en condiciones de superioridad frente al primero.<sup>473</sup>

### 6.7 O princípio dispositivo e o princípio da congruência.

Já foi visto anteriormente e será aprofundado no subitem seguinte, o princípio dispositivo impõe aos demandantes, com exclusividade, a determinação do tema *decidendum*, devendo o juiz, por conseguinte, limitar seu pronunciamento ao que haja sido pedido pelas partes. Para Nelson Palaia, o princípio dispositivo “significa que o Estado deve estar à *disposição* do interessado para prover-lhe a jurisdição”.<sup>474</sup>

As partes possuem o domínio completo do seu direito, tanto material quanto formal, no sentido de ser detentor da faculdade de exercitá-lo ou não em Juízo. A primeira manifestação do princípio dispositivo é a liberdade que tem a parte da disposição da pretensão ao processo; a ela cabe a iniciativa de sua instauração.<sup>475</sup>

É certo que esse principio dispositivo foi a “*alma mater* del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso”,<sup>476</sup> mas não possui mais toda essa magnitude porque os sistemas processuais, seguindo a ideologia em defesa do aumento das funções estatais abandonou, há muito tempo, a doutrina do *laissez faire; laissez passer*. A necessidade crescente de força e poder da jurisdição visando a efetividade do processo, o aumento gradativo da

---

<sup>473</sup> *Apud* Peyrano. Ob. cit., p. 187. A jurisprudência italiana tem decidido no sentido que naqueles casos (falta ou insuficiência de provas), seja valorado o depoimento pessoal, ou seja, a confissão e o juramento das partes. A doutrina daquele País, no entanto, parece divergir, trilhando caminhos de Calamandrei, no sentido da manutenção do vínculo. Divergindo da maioria, Micheli sustenta que a confissão e o juramento servem como base para formação da convicção do juiz na falta de provas, quando o julgador deve outorgar a prestação jurisdicional à parte beneficiada com este ato. A doutrina de Gian Antonio Micheli não pode ser aplicada em nosso País, pois o art. 351 do CPC estabelece que “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.

<sup>474</sup> *Técnica da contestação*. 5ª ed. Saraiva, 1977, p.5.

<sup>475</sup> Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Saraiva, 1998, p. 39, v.1.

<sup>476</sup> Joan Picó I Junoy. *Los Principios del nuevo Proceso Civil Español*. RePro 103 – jul-set/2001, p. 76.

oficialidade judiciária, a disposição acerca do direito material ficou reduzida perante um juiz que está munido de poderes para fazer valer a real vontade das partes e não somente a vontade formal externada no processo.<sup>477</sup> Resumindo-se em poucas palavras: com a publicização, o processo não tem dono.

Uma vez acionada a jurisdição, cumpre ao juiz atuar mesmo de ofício para colher as provas necessárias para o seu convencimento e julgamento da causa, conduzindo o processo com imparcialidade, prestando jurisdição independentemente de provocação das partes, pois esses atos são inerentes à própria atividade jurisdicional. Tal oficialidade não elimina a disposição da parte de dispor do seu direito, salvo se esse direito for indisponível ou se o interesse público e a efetividade da justiça exigirem uma atuação judiciária que possa influenciar na disposição de direito material do litigante, pois “ninguém obriga ao particular, como se tem dito, na linguagem figurada, a subir sobre a nave da justiça, e se o mesmo decide embarcar nela, a ele só lhe corresponde fixar o início e a meta da viagem; mas, uma vez empreendida a navegação, o timão deve confiar-se exclusivamente ao juiz, que tem durante a viagem a responsabilidade da derrota”.<sup>478</sup>

É importante não se atribuir essa responsabilidade somente ao juiz, pois as partes são as primeiras interessadas em produzir suas provas e devem contribuir no direcionamento do processo, mostrando os melhores caminhos para o porto da paz e da segurança social.

O princípio da congruência ou da correlação é a afinação que deve existir entre o pedido e a sentença, ou, mais precisamente, como conceitua Milton Paulo de Carvalho, “chama-se correlação, ou congruência, entre o pedido e a sentença à correspondência exata que deve existir entre a

---

<sup>477</sup> Vallisney de Souza Oliveira. *Nulidade da Sentença e o Princípio da Congruência*. Ob. cit., p. 76.

<sup>478</sup> Piero Calamandrei. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 319, v. 1.

pretensão processual formulada pelo autor e o pronunciamento judicial de mérito, de modo que este abranja tudo e só o que se contém na pretensão”.<sup>479</sup>

A esse conceito deve-se acrescentar que não apenas a sentença ou o pronunciamento judicial de mérito é passível de incidir na incongruência, mas também as alegações das partes no transcurso do processo. Isso significa que o princípio da congruência deve ter ainda como fundamento os ajustes entre a demanda e as demais pretensões, desde que formuladas no momento adequado.

Pode-se, então, assegurar que o juiz deve solucionar: “a) todas las pretensiones deducidas; es decir prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; b) todas las pretensiones ejercitadas; o sea, prohibición de resolver pretensiones no ejercitadas o – lo que es sustancialmente lo mismo – alterar o exceder las deducidas”, com “aplicación de las reglas precedentes a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, o sea, resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas.”<sup>480</sup>

O enunciado do princípio da congruência se perfaz pelos aforismos “sentença conforme o libelo” e “vedação de julgamento *infra* ou *citra*, *ultra* ou *extra petita*”.

Anota Arruda Alvim que “a sentença ser *infra*, *extra* ou *ultra petita*, é fenômeno que diz respeito à sua parte decisória (*ao decisum*), pois que consiste em infração ao princípio da congruência do *decisum* com o pedido”.<sup>481</sup>

---

<sup>479</sup> *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1992, p. 162. Não dissentindo dessa definição, Jorge W. Peyrano entende que “la congruencia es la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima.” (*El proceso civil. Principios y fundamentos*. Ob. cit., p. 53.

<sup>480</sup> Jorge W. Peyrano. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Ob. cit., p. 64.

<sup>481</sup> *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. 5ª ed. RT, 1996, p. 604, v.2.



Com efeito, não é lícito ao juiz conceder tutela aquém, além ou de natureza diversa da contida no pedido da parte, nem lhe cabe omitir-se quanto às questões fáticas suscitadas no momento apropriado.<sup>482</sup>

“Ao ser estabelecida a vinculação do juiz aos fatos da causa e ao pedido da parte, através dos arts. 128 e 460 do CPC, o legislador não deixou margem a dúvidas, acerca do rigor formal que deve presidir a atividade do sujeito imparcial da relação processual, sem qualquer espaço para o arbítrio, ficando a prestação jurisdicional submetida a modelo pré-constituído, sobejando-lhe, no entanto, a possibilidade da interpretação criativa das normas, o preenchimento das lacunas legais, a liberdade de valorização do material jurídico produzido pelas partes e a livre aplicação do direito (*jura novit curia*), desvinculadas das alegações e dos pedidos das partes, embora controlados pela obrigatoriedade da motivação (art. 458, II, do CPC).”<sup>483</sup>

Sob essa ótica, as decisões judiciais devem ser congruentes, harmônicas ou correlatas com as pretensões das partes, evitando-se arbitrariedades do julgador e encampando uma garantia para as partes. Um dos requisitos básicos do princípio da congruência reside no fato de que a demanda deverá condicionar a sentença ao libelo, expressada no aforismo *sententia debet libello conformis esse*, que é uma consequência do princípio geral *ne procedat iudex ex officio*.

---

<sup>482</sup> José Carlos Barbosa Moreira adverte: “A exigência da correlação entre a sentença e o pedido tem outro aspecto muito importante para o autor: a segurança de que, desde que satisfeitos os requisitos de validade do processo e as chamadas condições de ação, o seu pedido será totalmente julgado. O princípio de que a sentença deve ser congruente com o pedido funciona em dois sentidos: mão e contramão. Às vezes esquecemos um desses aspectos e damos maior ênfase ao outro. Ao juiz é proibido exceder o pedido ou julgar fora do pedido, mas não nos esqueçamos de que há o dever, para o juiz, de pronunciar-se sobre todo o pedido; nada além do pedido, mas todo o pedido. O vício de uma sentença que não julga o pedido por inteiro é tão grave quanto o vício de uma sentença que extravasa os limites do pedido. O chamado vício do julgamento *citra petita* é tão grave quanto o do julgamento *ultra* ou *extra petita*. (Correlação entre o pedido e a sentença. RePro n. 83 – jul-set/1996 - p. 210).

<sup>483</sup> Mário Helton Jorge. *O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: Relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada*. RT 822 – abr/2004 – p. 61.

De modo algum será incongruente a decisão judicial que conceder menos do que foi pedido pelo autor, ou nada lhe conceder. O que o juiz está obrigado a fazer é apreciar o pedido *in totum*, podendo, evidentemente, dar razão em parte ao autor. Impossível é *conceder* o que não foi pedido ou *negar* o que não foi pedido.<sup>484</sup>

Importante lembrar que a incongruência não é deduzida dos fundamentos da sentença, mas, sim, da sua parte dispositiva e o princípio não é absoluto, comportando diversas exceções.

Um dos exemplos mais comuns dessas exceções é a condenação em custas processuais e honorários de advogado, que não precisa constar do pedido (art. 20, *caput*, do CPC), tampouco os juros legais (art. 293 do CPC) e a correção monetária, esta por extensão da jurisprudência.<sup>485</sup>

Pode-se acrescentar a essas exceções, as ações possessórias que, por permissão legal expressa, não há óbices ao juiz em outorgar a proteção correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados (art. 920 do CPC). Formulado pedido de manutenção quando na verdade há esbulho, deve-se conceder a reintegração, ou somente o interdito, quando se verificar que não passa de molestação à posse legítima,<sup>486</sup> julgando-se uma ação por outra, segundo aquela que se apresente no momento da entrega da prestação jurisdicional.

A mudança de uma possessória por outra possessória está assentada na realidade fática. Quando se pleiteia a tutela possessória está se pleiteando qualquer das formas porventura adequadas, de acordo com a

---

<sup>484</sup> Defrontando-se o juiz com algo que lhe impede de julgar o mérito, deve manter silêncio absoluto sobre o mérito. Reconhecendo, por exemplo, que a parte é ilegítima, o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito e pára por aí, não julgando mais nada.

<sup>485</sup> “A correção monetária é devida “ex vi legis”, independe de pedido expresse (RT 560/131, 613/165, JTA 72/93, Lex-JTA 72/249, Amagis 6/132, TFR-2ª Turma, AC 77.914-RJ, Min. William Patterson, j. 20.8.82, negaram provimento, v.u., DJU 4.11.82, p.11.187; STJ-4ª Turma, REsp 22.830-3-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 15.6.92, deram provimento, v.u., DJU 17.8.92, p. 12.505).”, in Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed., 10.2.2005, Ed. Saraiva, p. 2139. Súmula n. 53 do TRF – 4ª Região: “A sentença que, independentemente de pedido, determina a correção monetária do débito judicial não é ‘ultra’ ou ‘extra petita’” (RT 752/391).

<sup>486</sup> Quando há suspeita do possuidor de que o réu vai molestar a sua posse. O receio é o conhecimento de fatos ou circunstâncias que façam suspeitar essa molestação.

realidade dos fatos e a adequação jurisdicional à situação fática do momento decorre do princípio da efetividade da jurisdição.

Podem-se acrescentar outras exceções ao princípio. Uma delas refere-se às novas técnicas jurisdicionais de tutela que conferem amplas atividades *ex officio* do juiz, espelhadas nos arts. 461 e 461-A do CPC, que relativizam os dogmas da inércia, da vinculação do juiz aos fatos da causa (adstrição), da congruência e o da coisa julgada.<sup>487</sup>

Essas novas técnicas destinam-se a tutelar direito originário de obrigações de fazer, não-fazer e entrega de coisa e autorizam o juiz a determinar providências para tornar possível a tutela do direito, independentemente da provocação do autor e da vontade do réu.

Kazuo Watanabe enaltecendo a inovação, diz que “deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor” e destaca “que os poderes conferidos ao magistrado, pelo art. 461, além de afastarem definitivamente a demanda do conceito de pretensão e ação condenatórias, correspondem aos poderes que o art. 799 do CPC confere ao juiz, para concessão dos provimentos cautelares”.<sup>488</sup>

Para satisfação das necessidades de tutela dos deveres de fazer, não-fazer e entrega de coisa, os dispositivos prevêm provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, acompanhados de mecanismos aptos a lhes dar efetividade, de natureza preventiva e de antecipação de tutela, eis que objetiva o alcance de resultado específico, disciplinando instrumentos práticos.<sup>489</sup>

---

<sup>487</sup> A multa estipulada no parágrafo único do art. 14 e as perdas e danos as quais responde o litigante reputado de má-fé (arts. 16-18 do CPC), têm natureza processual, não ensejando obtenção de resultado maior do que aquele pretendido, e por isso não caracterizam exceções aos princípios da demanda e da congruência.

<sup>488</sup> *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 50-51.

<sup>489</sup> Eduardo Talamini. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC art. 461; CDC art. 84*. Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

Descumprido o comando da sentença ou na decisão antecipatória da tutela, o juiz está autorizado, de ofício, a: a) impor, ao reitante, multa diária (§ 4º do art. 461); b) determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, com requisição de força policial, se necessário (§ 5º).

A multa é um elemento acessório, destina-se a auxiliar a efetivação do comando da sentença e não faz parte da pretensão do autor, pois não tem origem no direito material. Não precisa, pois, ser objeto de pedido na inicial. Sua natureza é processual, concorre para garantir a efetividade da ordem emitida e a preservação da autoridade do órgão jurisdicional. Por isso, a imposição da multa, seja na sentença, seja após a sua prolação com objetivo de coagir psicologicamente o réu a cumprir o comando da sentença, não é exceção ao princípio da congruência.

Nesse sentido é o entendimento de Eduardo Talamini: “... a ausência de vinculação da multa ao pedido do autor não é exceção ao princípio da congruência entre a demanda e a sentença. O autor pede a obtenção do resultado específico, que será acolhido ou não. Sendo deferido, a definição dos meios de atuação da tutela pretendida não se confunde com a pretensão formulada – ainda quando o autor houver expressamente sugerido um valor de multa.”<sup>490</sup>

Com relação à atividade jurisdicional após a entrega da prestação postulada pelo demandante (§ 5º do art. 461 – exceção ao art. 463) que permite ao juiz empregar mecanismos coercitivos e sub-rogatórios da conduta do demandado para obtenção do resultado prático equivalente, também não existe violação ao princípio da congruência, posto que a prestação jurisdicional corresponde ao pedido originalmente formulado.

---

<sup>490</sup> Idem, p.246.

Há transgressão ao princípio quando se verificar desconsideração dos limites da demanda inicial e pode-se verificar, embora legítima, quando houver conversão da obrigação específica em perdas e danos, nas hipóteses de se tornar impossível o resultado pretendido (impossibilidade de ser alcançada a tutela específica e o resultado prático equivalente, ou por opção do autor, na forma do § 1º do art.461 do CPC).<sup>491</sup>

Outra hipótese de exceção ao princípio da congruência, refere-se a nunciação de obra nova. “Quando a obra invade muito modestamente, de modo diminuto, a área do autor, e o valor da obra é grande, inclusive socialmente, há uma tendência da doutrina e também da jurisprudência a evitar aquele resultado tão drástico, e por vezes tão inconveniente do ponto de vista da coletividade, de mandar desfazer a obra. Adota-se a seguinte solução: é preferível substituir o embargo ou a ordem de demolição por uma composição pecuniária, pelo ressarcimento de perdas e danos.”<sup>492</sup>

No princípio dispositivo, o juiz fica adstrito aos fatos, ao conflito, à lide. Também a parte que, optando pelo processo, submete-se ao

---

<sup>491</sup> Barbosa Moreira diz subsistir, no processo cautelar, a exigência da correlação entre sentença e pedido. Quem defende haver exceção ao princípio da congruência nas cautelares, sustenta a possibilidade de o juiz conceder uma medida diferente daquela que foi pedida. Argumenta-se com o art. 798, que na verdade não diz respeito a isso, a despeito da redação: o que ele quis consagrar foi a *atipicidade* em matéria de medidas cautelares. Ele quis dizer que é possível cogitarmos de outras medidas cautelares além daquelas expressamente previstas e disciplinadas, mas daí não se deduz, necessariamente, que uma possa ser trocada pela outra, a despeito de o pedido ter visado esta e não aquela. Também se argumenta com o art. 805, que apenas se refere à caução, especificamente; portanto, não tem esse alcance genérico que se lhe pretende atribuir. E tampouco se encontra base no art. 807, parágrafo único, que diz respeito à possibilidade de, no curso do processo, revogar-se ou modificar-se a medida cautelar. Não se extrai daí uma autorização concedida ao juiz no sentido de desprezar o teor do pedido e decretar medida que nele não haja sido contemplada. As regras do código formam um sistema; seria preciso, a meu ver, que a lei tivesse aqui tomado posição bastante clara no sentido de abrir exceção ao princípio da congruência: tão clara como a tomou, por exemplo, em matéria possessória. (*Correlação entre o pedido e a sentença*. RePro 83, cit., p. 213). No entanto, o próprio autor faz uma observação que atenua a rigidez da sua posição: Se o juiz verifica que o autor tem razão em pretender uma cautela, porém, não tanta que justifique a concessão daquela medida muito drástica por ele pleiteada, nada o impede de decretar uma providência menos gravosa. Em vez, por exemplo, da apreensão do imóvel, seqüestro, arresto, o que seja, uma determinação para que se anote no registro a indisponibilidade do imóvel. (Idem, p. 214). A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier vê fungibilidade entre as medidas cautelares nominadas e inominadas e entre estas e as medidas antecipatórias de tutela (art. 273, § 7º do CPC). Segundo a autora, o que se pleiteia é a tutela de urgência, sendo irrelevante a modalidade. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5ª ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.308-309.

<sup>492</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Correlação entre o pedido e a sentença*. RePro n. 83, cit., p.213.

princípio do debate, aos limites do processo. É livre para agir, mas, agora, dentro desses limites. O juiz, por sua vez, pode produzir prova, ainda que contra a vontade das partes, em busca da verdade real, mas limitada a sua atuação aos fatos e aos pedidos que as partes entenderam necessários para compor a lide. O juiz não pode, como regra, afastar-se da vontade manifestada no pedido da parte; é nesse ponto que incide o princípio da congruência.

Assim, no campo do direito material, isto é, dos fatos, da lide levada a juízo, o princípio dispositivo impõe ao juiz a adstrição à pretensão, não lhe sendo permitido julgar aquém, além ou de natureza diversa da contida no pedido da parte. Diz-se, por isso, que o princípio da congruência é a expressão mais direta do princípio dispositivo.

Além do poder de demandar e de ser senhor do pedido há outros *sintomas* da disposição das partes no processo. O réu pode tornar-se revel, reconhecer o pedido formulado pelo autor, confessar. Pode haver renúncia ao direito em que se funda a ação; as partes podem transacionar, haver desistência, dentre outras atividades que a vontade dos litigantes pode prevalecer sobre a atividade judiciária.

A prática de atos de disposição do direito litigioso do feito encontram-se dentro da esfera de disposição dos litigantes e se realizados em obediência aos requisitos legais, não se permite, em princípio, ao juiz deixar de homologá-los,<sup>493</sup> acatando a vontade manifestada livremente pelas partes. Cabe-lhe, no entanto, verificar se o ato manifestado no processo é congruente com a pretensão, o que implica ser congruente com a vontade levada ao processo pela parte.

Como se vê, o princípio da congruência decorre do princípio dispositivo, porque freia eventual excesso do juiz.

---

<sup>493</sup> Salvo se a lei vedar ou criar alguma hipótese de sua não-admissibilidade ou invalidade.

No entanto, José Carlos Barbosa Moreira considera incorreto ligar o princípio da congruência ao princípio dispositivo.<sup>494</sup> Para esse autor, há casos, excepcionais em que o processo é instaurado de ofício, como o inventário (art. 979 do CPC) e a proibição de agir de ofício para o juiz subsiste nas hipóteses em que se trata de direito indisponível.<sup>495</sup>

Juiz algum está autorizado a instaurar *ex officio* um processo a pretexto, ou fundado na razão, de que se trata de direito indisponível, de modo que não há correlação necessária entre o problema de saber quando e em que limites é possível à parte praticar atos de disposição e estes outros problemas referentes à iniciativa da instauração do processo e à delimitação do objeto do julgamento.<sup>496</sup>

“O juiz civil, no direito brasileiro, não está autorizado a instaurar de ofício um processo porque se trata de direito indisponível, e tampouco está autorizado a, na sua presença, pronunciar-se sobre algo que não foi objeto do pedido, só porque lhe pareça que se trata de um direito indisponível. Direito não exercitável, ainda que indisponível, é para o juiz direito não contemplável na sentença. Nenhum juiz pode acrescentar na sua sentença uma disposição, uma determinação que não tenha sido incluída no pedido, a pretexto de que essa prestação, à qual se refere o mandamento sentencial, se fundava num direito indisponível. Se o autor não pediu, o juiz não pode conceder, e tampouco pode negar. A proibição de julgar fora do pedido não vale só para a decisão favorável, vale também para a decisão desfavorável.”<sup>497</sup>

No entanto, não se pode negar a relação existente entre os dois princípios (congruência e dispositivo), no sentido e na dimensão que se

---

<sup>494</sup> Sob esse ponto de vista parece discordar a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Para essa autora, a ligação é tradicional entre os dois princípios. *Nulidades do Processo e da Sentença*. Ob. cit., p. 308.

<sup>495</sup> *Correlação entre o pedido e a sentença*. RePro n.83 – jul-set/1996 - p. 208.

<sup>496</sup> Idem.

<sup>497</sup> Idem, p. 208-209.

está concebendo o último, pois a congruência também decorre do dispositivo.<sup>498</sup>

Parece importante lembrar que a influência do princípio da congruência se manifesta no aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*, que implica, no dizer de Calamandrei, que “igualmente em apelación el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que em primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura”.<sup>499</sup>

A mesma correspondência que deve mediar entre todos os aspectos da lide e a resolução do juiz *a quo*, deve existir entre as razões e contra-razões do recurso.

---

<sup>498</sup> Vallisney de Souza Oliveira. *Nulidade da sentença e o Princípio da Congruência*. Arruda Alvim sintetiza a relação íntima entre os dois princípios nos seguintes termos: o autor deduz o objeto litigioso e o réu fixa os pontos controvertidos de fato e de direito; a tal delineamento o juiz fica vinculado, porque sua decisão deve pautar-se dentro desse espectro, em razão do bem litigioso e das alegações apresentadas, pois *ne eat iudex ultra petita partium e sententia debet esse conformi libello*; o julgamento deverá ser realizado não somente com apoio nas alegações das partes, mas também no material probatório levado para os autos (*secundum alligata et probata e actore non probante reu absolvitur* (Tratado de direito processual civil. Ed. RT, 1990, p. 93, v.1). Carlos Millan observa que a congruência constitui a manifestação mais importante do princípio dispositivo, porque permite, dentro do processo, a continuidade do caráter disponível do direito material deduzido em juízo (*La incongruencia civil* apud Vallisney de Souza Oliveira. *Nulidade da sentença e o Princípio da Congruência*. Ob. cit., p. 79, nota de rodapé n. 135). A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que “o princípio da congruência, ou da correspondência, entre *ação* e *sentença*, funda-se, também, em outro princípio, consistente na regra segunda a qual, a intervenção do Estado, para realizar os interesses individuais tutelados pelo direito material, depende da vontade do particular, que é titular do interesse; e, evidentemente, só cabe à parte provocar ou não o exercício da função jurisdicional para realizar um interesse seu, tutelado; cabe a ela, também, invocar, ou não invocar, um fato jurídico de que crê decorrer seu direito, preparando os elementos aptos a convencer o juiz. É a regra *iudex iudicare debet secundum alligata probata*. É tradicional a ligação que a doutrina faz entre princípio da congruência – *petitum/decisum* e *princípio dispositivo*”. *Nulidades do Processo e da Sentença*. Ob. cit., 308. Para Jorge W. Peyrano há conexão entre a congruência e o princípio dispositivo. Este implica no senhorio das partes sobre o processo; “domínio que se perderia si se permitiera al órgano jurisdiccional que, v.g., sopesara hechos no alegados por los litigantes o concediera cosas no reclamadas. Igualmente sencillo es advertir que el principio consecuencial en estudio es la faceta del dispositivo que muestra con mayor claridad la intención que anima a este: frenar a todo trance cualquier eventual exceso de autoridad del oficio”. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Ob. cit., p. 64.

<sup>499</sup> *Apuntes sobre la reformatio in peius*, in *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Omeba, 1961, p. 301.



## 6.8 O princípio dispositivo e os poderes do juiz.

Conta António Montalvão Machado como nota introdutória de seu livro “O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil”,<sup>500</sup> que ao depor como testemunha numa audiência, uma respeitável senhora, que se vinha mostrando tranqüila e seguramente conhecedora das questões que lhe iam sendo colocadas, começou a aludir a determinados fatos que não “constavam” do processo, por não haverem sido alegados no momento oportuno e em sede próprias.

Os advogados das partes não intervieram, deixando-a falar. Subitamente, a testemunha foi interrompida pelo juiz, que sentenciou:

- “A testemunha faz favor de responder só ao que lhe foi perguntado. Esses fatos que está a relatar não constam do processo.”

Respeitosamente, retorquiu a senhora:

“Poderão não constar do processo, Senhor Juiz, mas são a verdade.”

Pacientemente, o magistrado tentou explicar-lhe:

“Sabe, para mim, neste momento, só conta e existe o que está quesitado.”

Rematou, finalmente, a testemunha:

“Desculpe-me, Senhor Juiz, não sei bem o que é isso. Pensei que aqui se tinha de dizer toda a verdade.”

N’outra ocasião, o juiz indaga da testemunha: O senhor presenciou esses fatos?

Do lado de fora da sala de audiências, havia um senhor cuidando do jardim do fórum. Ouvindo a resposta negativa da testemunha, o jardineiro, imediatamente, disse ao juiz: Eu presenciei esses fatos; se o senhor quiser, eu explico como aconteceram.

---

<sup>500</sup> 2ª ed. Livraria Almedina. Coimbra, Portugal, 2001, p. 11-12.

O juiz ficou furioso. Advertiu o jardineiro para não se intrometer na audiência sem ser chamado; somente as partes e seus advogados poderiam fazê-lo e determinou o recolhimento daquele cidadão até o término dos trabalhos.<sup>501</sup>

Casos como esses acontecem todos os dias em Juízo. Há juízes que chegam a pedir ao advogado da parte que mostre onde se encontra, nos autos, os fatos, dos quais se serviu para formular sua pergunta à testemunha. E quantas vezes se ouvem juízes determinar à testemunha que se cale, por a mesma começar a desviar-se (às vezes milimetricamente) do que consta nos articulados e controverso nos autos.

É provável que a ocorrência desses incidentes tenham como causa a pouca atenção que a doutrina brasileira, ao contrário da estrangeira, tem dado aos meios de garantir a efetividade dos provimentos instrutórios do juiz. Em defesa da inércia judicial no tocante à investigação probatória, postura, aliás, muito comum quando os direitos em questão são disponíveis, tem de certa parte da doutrina deixar nas mãos das partes o ônus de provar os fatos, esquecendo-se “que a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado, e cuja preservação encontra nele o maior interessado”.<sup>502</sup>

Visa o presente trabalho focar a iniciativa probatória do juiz e procura justificar a solução encontrada, pois é sob essa ótica que vê alcançada a verdade, sem as limitações impostas pelos litigantes.

Sendo objetivo da atividade jurisdicional a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, recai ao magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois só assim a jurisdição cumprirá sua função social, “e, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator

---

<sup>501</sup> “Se, por acaso, alguém procurar o juiz espontaneamente e lhe disser que conhece fatos relevantes para o julgamento da causa, nada impede que mande colher seu depoimento em audiência. É óbvio que esses poderes têm de ser necessariamente exercidos em conformidade com a lei (art. 130) e seu sistema (que não é o do princípio inquisitivo).” E. D. Moniz de Aragão. *Direito à prova*. RePro n. 39 - jul-set/1985 - p. 103.

<sup>502</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 13.

decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessários”.<sup>503</sup>

Como já visto anteriormente, é no princípio dispositivo que parte da doutrina tenta colocar abaixo o sistema inquisitivo e o faz voltada no direito romano antigo, ao tempo em que as provas eram o duelo e os ordálios ou juízos de Deus.

A Revolução Francesa abateu a ideologia desigualitária pregada no sistema romano antigo e no direito intermediário, fazendo penetrar suas idéias em todos os setores da vida social, projetando-as em todos os povos, com singular repercussão no campo jurídico, inclusive quanto à formulação e aplicação das leis, embora alguns sistemas continuaram a abraçar com toda a sua força o princípio dispositivo tal qual a sua origem, por causa da “temida parcialidade” do juiz.<sup>504</sup>

Esse sentimento levou a previsão normativa de tudo, exigindo dos juízes uma mecânica e literal aplicação da lei, chegando Montesquieu a conceituar o juiz como um ente inanimado, mero repetidor da lei. Ao juiz não se admitia interpretar a lei, mas subordinar-se inteiramente a ela, intervindo somente no final da ação para julgá-la.

O desinteresse do Estado pelas disputas judiciais era total, a ponto de Chrysolito de Gusmão considerar o processo “como um duelo no qual as duas partes podem fixar o momento de luta e no qual, também, cada uma tem o direito de aproveitar as faltas de seu adversário”.<sup>505</sup>

Fruto desses equívocos e como reação ao exacerbado individualismo e ao hermético liberalismo do século XIX, buscou a doutrina

---

<sup>503</sup> Idem, p. 14. “Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. A colheita de elementos probatórios é ato privativo do julgador.”

<sup>504</sup> Hélio Márcio Campo. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 98.

<sup>505</sup> *Direito Judiciário e Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 14.

progredir o direito, com a necessidade do Estado Moderno participar ativamente do direito privado para alcançar o bem comum.

Dessa evolução do pensamento jurídico fez nascer o Direito como instrumento de que se vale o Estado para assegurar o bem-estar da sociedade.<sup>506</sup> Sob essa ótica, admitir o princípio dispositivo em absoluto é desprestigiar a relevante tarefa da prestação jurisdicional, pois o Estado também está em jogo na relação jurídica processual.

Nos tempos atuais, não se pode admitir um princípio dispositivo rígido, representado pelo brocardo *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*, adquirindo a função do juiz real importância à medida em que ele recebe sólida formação jurídica e humanística. O juiz realmente preparado é o mais severo guardião do direito e da comunidade. Sua tarefa é árdua, certamente, mas lhe dá uma dignidade que não pode comparar-se com nenhuma outra.<sup>507</sup>

Assinala José Carlos Barbosa Moreira que “o mais valioso instrumento corretivo, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se ‘substitui’ às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir

---

<sup>506</sup> Mais precisamente, leciona José Carlos Barbosa Moreira: “A transição do liberalismo individualista para o “Estado social de direito” assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das “regras do jogo” e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do “social” também no processo derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da “divisão de tarefas” entre as partes e o órgão de jurisdição”. (*A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro n. 37 – jan-mar/1985 - p. 147).

<sup>507</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira. *O juiz em face do Código de Processo Civil*. RePro n. 10 – abr-jun/1978 - p.229.

inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes”.<sup>508</sup>

Mas não só a deficiência da atuação das partes requer a iniciativa probatória do juiz. O direito processual é “ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Daí decorre que os institutos processuais não devem ser contaminados pelas regras que regulam a relação de direito substancial, que vem a ser o objeto do processo. Isto porque, sendo autônomo, este tem fins distintos de seu conteúdo; fins esses que se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma das funções com que ele procura cumprir seu papel, qual seja o de assegurar o bem-estar da sociedade”.<sup>509</sup>

Nesse sentido, Chrysolito de Gusmão ressalta que o processo “não pode ter e não tem outro fim senão o triunfo do direito e da verdade, que não são uma derivação do interesse privado das partes, mas um escopo colimado pelo Estado, a que aquelas podem, em dadas condições, ser submetidas” e “o juiz não exerce uma função privada, não é o árbitro das partes; exerce uma função do Estado; e se o Estado deve a justiça, deve-na justa, simples e rápida, não sendo lógico nem consentâneo, deixar às partes ou a seus advogados a satânica faculdade de entrar ou retardar o curso da justiça”.<sup>510</sup>

Procura-se no litígio jurídico a verdade real conforme critérios racionais e honestos. Cabe ao juiz velar para que as provas sejam produzidas tão completas e exatas quanto possível, para alcançar essa verdade.

---

<sup>508</sup> *A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo*. Ob. cit., p. 146.

<sup>509</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 11.

<sup>510</sup> *Direito Judiciário e Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 16.

É certo, porém, que o julgador não pode transformar essa verdade no fim do processo, decidindo somente quando convicto de tê-la encontrado. Já foi dito anteriormente, que a verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis.

A certeza é um dogma, que tem muito a ver com a verdade, da qual constitui manifestação subjetiva. “Considera-se que existe certeza quanto a determinada proposição, quando a mente afasta todos os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziram a desacreditá-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes (disse-se também: ‘a certeza está em nós, a verdade nos fatos’).”<sup>511</sup> Mas é imprescindível que o juiz diligencie para encontrar o grau de probabilidade mais alto possível,<sup>512</sup> e para tanto, quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza chegará.<sup>513</sup>

Não se quer com isso tornar dispensável ou mesmo secundária a iniciativa probatória dos litigantes, até porque são eles os primeiros interessados em produzir as provas da afirmação dos fatos que alegaram. São na verdade as partes as maiores interessadas em convencer o juiz da veracidade dos fatos que afirmaram e é a elas que se aproveita o reconhecimento desses fatos como verdadeiros. Ambas as partes têm o ônus de colaborar no esclarecimento dos fatos afirmados e a conduta de cada uma delas durante o curso do processo constituirá elementos de convicção para julgar a procedência das respectivas pretensões.<sup>514</sup> Por isso são psicologicamente estimuladas a produzir suas provas, de modo a

---

<sup>511</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. Malheiros Editores, 2003, p. 289.

<sup>512</sup> “O juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos.” Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. Ob. cit., p. 318-319.

<sup>513</sup> O juiz deve “ir à procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso, não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho à atividade instrutória oficial”. José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 15-16.

<sup>514</sup> Roland Arazí. *La prueba en el Proceso Civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 43. Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21ª ed. Saraiva, 2000, p. 349, n. 579, v.2. Celso Agrícola Barbi. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Forense, 1998, p. 398, n. 698, v.1.

complementarem-se o papel do juiz, com relação a iniciativa probatória, com o papel das partes.<sup>515</sup> Complementam-se esses papéis, nunca se excluem. As partes são livres no que diz respeito ao direito material deduzido em juízo, não do processo, daí porque a dispositividade ficar circunscrita às alegações e a fixação dos limites objetivos e subjetivos da relação processual.

Para descobrir a verdade, não é possível que a apreciação do juiz fique adstrita à vontade dos litigantes, pois o Estado tem interesse na solução dos conflitos e estes têm de ser resolvidos de forma justa, pois o ideal de justiça não se coaduna com julgamentos formais, como acontece na dispositividade da prova unicamente pelas partes. Impende, acima de tudo, satisfazer o interesse público na atuação concreta da lei para a justa composição dos conflitos. Nesse sentido é a opinião de Humberto Theodoro Júnior, para quem “a realização da justiça é um dos objetivos primaciais do Estado moderno. O poder de promovê-la inscreve-se entre os atributos da soberania. Acima dos interesses particulares das partes, há um interesse superior, de ordem pública, na justa composição da lide e na prevalência da vontade concreta da lei, como desígnios indissociáveis do ideal da manutenção da paz social e do império da ordem jurídica”.<sup>516</sup>

Por isso, já dizia Carnelutti que o juiz é livre nos meios de prova, embora continue a depender da apresentação, pelas partes, das fontes. Segundo esse autor, “el juez no puede ir por si mismo a buscar testigos o

---

<sup>515</sup> Se não fosse assim, qual o sentido da distribuição do ônus da prova? Barbosa Moreira explica, com a clareza que lhe é peculiar, que “não parece exato supor que a parte interessada, com a mera consideração de que a prova do fato a ela favorável pode resultar dos esforços do juiz ou da colaboração do adversário, haja de sentir-se a tal ponto tranqüila que se dispense, só por isso, da fadiga de procurar demonstrá-la. Seria, com certeza, excesso de otimismo, que talvez lhe custasse bem caro”. E mais adiante, prossegue o autor: “Inverossímil afigura-se a hipótese de permanecer inerte o autor ou o réu, deixando de aproveitar as oportunidades que se lhe abrem de produzir prova, para calmamente aguardar que a certeza sobre o fato seja estabelecida graças às pesquisas do juiz ou às declarações do adversário. Entre outras razões, porque, na maioria das vezes, a própria parte interessada é que estará, decerto melhor que ninguém, e talvez com absoluta exclusividade, em condições de indicar as fontes de prova, ou de ter acesso a elas. Em suma: o estímulo à atividade probatória não fica eliminado, embora se possa fazer sentir, em certa medida, com menor rigor, por saber o litigante que o esforço próprio não é o *único* meio de convencer o órgão judicial. Nos limites em que algum relevo se lhe pode reconhecer, subsiste pois – *atenuado* que seja – o aspecto “subjetivo” do ônus da prova.” *Temas de Direito Processual. 2ª série*. Ed. Saraiva, 1980, p. 78-79.

<sup>516</sup> *Curso de Direito Processual Civil*. Ed. Forense, 2001, p. 377, n. 427, v. 1.

documentos; debe interrogar a los testigos y examinar los documentos que la parte le indica. Pero no hay ningún limite al poder del juez en lo que respecta, en cambio, al medio de prueba; una vez puesto ante el hecho que debe conocer, el juez es eternamente independiente de las partes en lo que atañe al ejercicio de sua actividad perceptiva y deductiva”.<sup>517</sup>

Traça, o citado autor, os seguintes critérios que atenuam o princípio dispositivo e aumentam os poderes instrutórios do juiz: “a) não exclui a iniciativa do juiz, quando se trata de inspecionar as coisas que constituem o objeto da demanda; b) não exclui a iniciativa do juiz quando se trata de interrogar as testemunhas indicadas pelas partes; c) não impede também que, para a avaliação das provas oferecidas pelas partes, empregue o juiz *regras de experiência*, não indicadas pelas partes, e, por isso mesmo, empregue o seu conhecimento privado; d) não exclui, enfim, que o juiz possa, por si, sem iniciativa das partes, fazer intervir, no processo, técnico que o assista na percepção e na avaliação dos fatos.”<sup>518</sup>

Ora, quem julga, tem o direito e o dever de estar convicto. Quem pede ao Estado que resolva seu conflito não pode impedir que esse mesmo Estado, que vai julgar por intermédio do órgão jurisdicional, utilize os meios a seu alcance para determinar como sucederam os fatos afirmados e julgar em conformidade com o que considere justo. Já foi dito neste trabalho que não se trata de chegar a verdade nem tampouco alcançar a justiça objetiva, já que são conceitos muitas vezes excedentes à capacidade humana. Mas o juiz deve estar convencido de que os fatos sucederam de determinada

<sup>517</sup> *Estudios de Derecho Procesal*. Colección Ciencia del Proceso. Buenos Aires: Europa-America, 1952, p. 150, n. 20, v.2

<sup>518</sup> *Apud* Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Ob. cit., p. 111, v.1. Idêntica a posição de Betti, citado pelo mesmo autor, p. 110: “Assim, poderá o juiz, ‘ex officio’, quando necessário, inspecionar os lugares ou examinar as coisas; pedir esclarecimentos aos peritos ou determinar nova perícia por meio de perito de sua confiança, bem como, quando considerar necessária a assistência de um técnico para percepção ou avaliação dos fatos, ordenar prova pericial por meio deste; deferir o juramento a uma das partes, ou por disso depender a decisão da causa, ou somente para fixar na condenação a quantia devida; determinar sejam ouvidas as testemunhas referidas; interrogar as testemunhas, no sentido de esclarecer a verdade.”



maneira e resolver o litígio sem que lhe penda dúvida da justiça de sua decisão.

Nesse diapasão, ainda que haja negligência das partes o juiz tem o dever de suprir a omissão e antes de decidir os fatos devem ser esclarecidos, ordenando a produção da prova que considere decisiva.

Alguns autores, embora não neguem que o juiz possa trazer fontes de prova, somente admitem este poder quando já exista, no processo, princípio de prova. Em outras palavras, o juiz somente poderá ir a busca do material probatório quando já exista no processo alguma fonte já produzida por uma das partes.<sup>519</sup> Moacyr Amaral Santos, por sua vez, entende que o poder de iniciativa judicial deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes.<sup>520</sup>

No entanto, mais flexivelmente, sustenta Humberto Theodoro Júnior ancorado em Fritz Baur, que “o juiz, no processo moderno, não pode permanecer *ausente* da pesquisa da verdade material, antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em casos de necessidade, a colher de ofício as provas existentes”.<sup>521</sup>

De todos, melhor é a sugestão de Celso Agrícola Barbi, que defende a tese de que o juiz, no campo probatório, é livre para produzir todo o tipo e qualquer fonte.<sup>522</sup> Ao comentar o art. 130 do CPC diz o mestre que “o texto atual é amplo, não limitando os meios de prova que o juiz pode entender conveniente determinar por sua própria iniciativa. Atende ele a um sentimento muito difundido entre nossos magistrados, que, com razão, não se satisfazem

---

<sup>519</sup> Nesse sentido, Jorge W. Peyrano, para quem compete ao juiz ir a busca do material probatório para completar ou esclarecer provas já diligenciadas, sob pena de haver quebra do princípio dispositivo. *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*. Ob. cit., p. 85.

<sup>520</sup> *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 350. De igual entendimento, Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Saraiva, 1998, p. 177, v.1, ao afirmar: “Excepcionalmente, pode o juiz determinar as provas, de ofício, mas apenas em caráter complementar, como ocorre com a testemunha referida (art. 418, I) e nos casos de imprescindibilidade material irremovível, isto é, quando o próprio fato em si reclama prova determinada, a exemplo do exame pericial (art. 420), da inspeção judicial (art. 440) e da requisição de documentos (art. 399).”

<sup>521</sup> *Curso de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 373, n. 420.

<sup>522</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Forense, 1998, p. 397-399.

com uma atitude de inércia, que poderia levá-los, em certos casos, a julgar uma causa em forma não satisfatória, porque insuficientemente esclarecidos os fatos. A norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito”.<sup>523</sup>

No entanto, há de se fazer uma ressalva: Não dependem de prova os fatos (art. 334): a) notórios; b) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; c) admitidos, no processo, como incontroversos; d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Sendo notório, o fato independe de prova, e vedado está ao juiz produzir prova contra um fato notório. De modo semelhante se dá com a confissão, que tem valor de prova legal e obriga o juiz a submeter-se a seus termos para o julgamento da causa. Seus efeitos são análogos aos da revelia e do ônus da impugnação especificada dos fatos, isto é, as alegações da parte contrária correspondem à verdade.<sup>524</sup>

No entanto, como o propósito é de fazer justiça no caso concreto, pode o juiz produzir, de ofício, prova que venha desnaturar qualquer tipo de confissão,<sup>525</sup> notadamente quando operar no seu espírito fundado receio de vir a mesma causar prejuízo a terceiro ou que sirva de meio para burlar a lei.

De igual sorte, vedado que é às partes utilizarem-se do processo para obtenção de vantagens ou fins escusos, faculta-se ao juiz, como

---

<sup>523</sup> Idem, p. 398.

<sup>524</sup> Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Ob. cit., p. 382-383.

<sup>525</sup> O mesmo pode acontecer na revelia, como já teve oportunidade de decidir a respeito o STJ: “A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz.” (RSTJ 20/253).

diretor da relação jurídica processual, produzir prova contrária quando reputar que os fatos tidos como incontroversos (que não necessitam de prova como preceitua o inciso III do artigo 334), são utilizados como chicana para obtenção de um pronunciamento jurisdicional de mérito e conseqüentemente fraudar a lei ou prejudicar terceiros.<sup>526</sup>

Quanto as presunções constantes do inciso IV do art. 334, entende-se vedado ao juiz a produção de prova de ofício quanto às chamadas presunções legais ou *iuris et de iure*. Quanto as presunções relativas (*iuris tantum*), pode usar o juiz de seu poder de direção, produzir as provas que entender necessárias para o seu convencimento.

Tratando-se de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se a parte que o alegar não produzir a prova determinada pelo art. 337 do CPC, pode e deve o juiz buscar as fontes probatórias para apurar a verdade concreta e real da situação jurídica controvertida.

É possível que quando em busca da verdade real, o juiz se confronte com regras processuais, como a preclusão.<sup>527</sup> A não utilização de uma faculdade processual no momento adequado implica, em princípio, perda dessa faculdade. Seria possível o magistrado determinar a oitiva de uma testemunha não arrolada tempestivamente pela parte interessada, ou a preclusão afastaria por completo essa possibilidade?

Pelo que se defendeu até aqui, para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo ônus recai, em princípio, à parte, mas, ao juiz também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento. Aliás, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado, o juiz não pode afastar-se da busca incessante da justiça da sua decisão.

---

<sup>526</sup> Hélio Márcio Campo. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Ob. cit., p.112.

<sup>527</sup> A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada.

Omitindo-se à parte na produção da prova, seja pela perda do prazo na apresentação do rol, ou pela dispensa da oitiva da testemunha, verificando o juiz que os elementos constantes dos autos para formar sua convicção são insuficientes, pode e deve, justificadamente, determinar a produção da prova ou de outras provas, até mesmo as testemunhas não arroladas ou arroladas inadequadamente.<sup>528</sup>

Como diz José Roberto dos Santos Bedaque, “as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se o provimento for resultado da atuação da norma a fatos efetivamente verificados”.<sup>529</sup>

Segundo Bedaque, com quem se concorda integralmente, até mesmo a falta de documentos indispensáveis (art. 283) não implica necessariamente o indeferimento da inicial. “A jurisprudência vem abrandando, também, o aparente rigor desse dispositivo e do art. 396, só não permitindo a juntada, no curso do processo, de documentos realmente essenciais à propositura da demanda.” É preciso, continua o autor, “compatibilizar as normas processuais sobre preclusão com a garantia constitucional ao devido processo legal, em que se inclui, evidentemente, o direito à prova. Nada obsta, outrossim, que o magistrado reconsidere decisão anterior que dispensara determinada prova. Também aqui não se pode falar em preclusão”.<sup>530</sup>

O mesmo autor assevera que mesmo a parte perdendo a faculdade de produzir determinada prova, em decorrência da preclusão

---

<sup>528</sup> “O magistrado tem a faculdade de deferir as provas reclamadas pela parte, até mesmo de ofício, se entendê-las necessárias à instrução do processo.” (AI n. 346.025 – 5ª C. 1º TA CIVIL-SP – j. 4.12.1985, rel. Juiz Carlos de Carvalho, un., RT 605/96).

<sup>529</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 17.

<sup>530</sup> Idem, p. 18-19.

temporal, pode o juiz ordenar sua realização de ofício, por entendê-la necessária à formação de seu convencimento. “Não parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade. A questão está ligada tão-somente à técnica processual. Em face dos valores envolvidos, possível conflito entre as regras relativas à preclusão e o disposto no art. 130 deve ser solucionado segundo o escopo maior do processo. A preclusão é simples mecanismo técnico destinado a permitir o normal desenvolvimento da relação processual. Deve ceder diante de valor maior, como o representado pelo convencimento do juiz a respeito da realidade jurídico-material. Daí não poder a iniciativa probatória oficial subordinar-se às regras sobre preclusão, ao contrário do que se verifica em relação à revelia e à incontrovérsia fática (CPC, arts. 319 e 334).”<sup>531</sup>

### **6.9 Momento no qual o juiz pode, de ofício, determinar a produção de prova.**

Lembrado em oportunidades anteriores nesse trabalho, as partes podem dispor de seus direitos, mas não têm elas nenhum poder de disposição sobre o poder do juiz de averiguar o fato. Dispõem elas do direito subjetivo e, por isso, conseqüentemente, do exercício à pretensão à tutela jurídica (demandar ou não, desistir etc), inclusive limitando o objeto do processo, mas não necessariamente deve dispor sobre a técnica instrumental do procedimento. A iniciativa do processo é da parte, mas o impulso é oficial. Vigem o princípio dispositivo, mas não o princípio de controvérsia. Por isso, a

---

<sup>531</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 19-20.

amplitude da iniciativa probatória do juiz não varia conforme o direito controverso se sujeite ou não ao poder de disposição das partes. O Código de Processo Civil estabelece que em qualquer caso, cabe ao juiz determinar de ofício a realização de provas que julgue necessárias à instrução da causa (art. 130).

Também ficou esclarecido que as normas de distribuição do ônus da prova denotam, fundamentalmente, normas de julgamento, daí não se reconhecer qualquer limitação aos poderes do juiz em matéria de prova.

Com a emancipação do direito processual como ciência autônoma, a partir de estudos tendo por objeto o princípio dispositivo, a diferença estabelecida entre o poder de disposição das partes sobre o direito material e a sua indisponibilidade sobre o mecanismo processual (inclusive sobre a produção das provas) permitiu que parte da doutrina chegasse a interessante conclusão: os poderes instrutórios do juiz não se alterariam em função da natureza da relação substancial discutida no processo.<sup>532</sup>

Ainda que se entenda que as normas de distribuição do ônus da prova sejam normas de comportamento para os litigantes (aspecto subjetivo), não se pode concordar com o fato de que acham ponto de apoio no princípio dispositivo. Isso quer dizer que o princípio dispositivo nada tem a ver com a problemática da investigação dos fatos da causa. Não serve de justificativa a disponibilidade do direito litigioso, nem o resguardo da imparcialidade do juiz.

A prova do fato não aumenta nem diminui de valor conforme haja sido carregada para os autos por iniciativa da parte onerada, ou pelo juiz. “Pouco importa a sua origem.” A isso se atribui o nome de “princípio da comunhão da prova”. “A prova, depois de feita, é comum, não

---

<sup>532</sup> Cf. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. *O ônus da prova no Direito Processual Civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 152-153.

pertence a quem a faz, pertence ao processo;<sup>533</sup> pouco importando sua fonte, pouco importa sua proveniência.” As normas sobre a repartição do ônus da prova subsistem intactas, não são afetadas nem mesmo pela iniciativa probatória do juiz, “porque elas constituem a última solução, a tábua de salvação que a lei atira ao juiz em contrapartida da proibição que lhe impõe de deixar de julgar por não ter conseguido formar uma convicção segura” sobre os fatos relevantes do processo. São, fundamentalmente, normas de juízo. Assim sendo, o julgamento segundo o ônus da prova, que é “uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada ... só deve sobreviver depois que se esgotarem todos os meios. E não está dito em parte alguma que entre esses meios não possa figurar a iniciativa do juiz”.<sup>534</sup>

Em suma, o ativismo do juiz, no campo da instrução probatória, contribui para tornar mais efetivo o processo.

Mas, qual o momento adequado, no curso do processo, para o juiz determinar, de ofício, a realização da prova?

Há, segundo Jorge W. Peyrano, duas correntes antagônicas. A primeira defende a idéia de que só se pode dar até o momento da produção da prova pelas partes; a segunda propõe a produção, de ofício, em qualquer estado em que se encontre a causa.<sup>535</sup>

Importante lembrar que no tocante a prova documental a participação do juiz é, de regra, secundária. Quando apresentada pela parte, limita-se o juiz a deferir ou indeferir a juntada do documento. Obviamente

---

<sup>533</sup> “Las pruebas ofrecidas por una parte no le pertenecen a ella, sino al proceso; con lo cual se explica que el legislador tratara de dar la menor importancia posible en su producción a la contraria del proponente de una probanza.” (Jorge W. Peyrano. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Ob. cit., p. 118-119). Eduardo Couture, in *El “cross examination” en la prueba de testigos, em Estudios...*, citado por Jorge W. Peyrano, ob. cit., p. 118, nota de rodapé n. 129, leciona: “En el lenguaje forense se habla diariamente de ‘mis testigos’ o de ‘los testigos de mi adversario’. La realidad, no por elemental indigna de ser repetida, es que los testigos son, según el aforismo, ‘los ojos y los oídos de la justicia’, y que a ésta y no a las partes pertenecen. Ya lo hacía notar Ihering: el testigo fue, en un primer momento histórico, un auxiliar de la parte; testis quiere decir que ayuda, el testigo fue primero un fiador o defensor. Pero en el tiempo posterior interviene tan solo con sus aseveraciones.”

<sup>534</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *O juiz e a prova*. RePro n. 35, cit., p. 181-182.

<sup>535</sup> *El proceso civil. Principios y Fundamentos*. Ob. cit., p. 88.

que ao juiz não obsta determinar a apresentação do documento, ou a sua requisição quando em poder dos órgãos públicos.

Ao contrário, na prova oral, o juiz tem papel de primeira importância. E por prova oral, evidentemente, refere-se ao depoimento pessoal das partes, ao depoimento das testemunhas e eventualmente do perito.

Parece mais apropriado o posicionamento daqueles que acolhem o segundo momento, ou seja, o juiz tem a faculdade de, a qualquer momento, até a sentença, obviamente, eis que aí o juízo termina e acaba com o ofício jurisdicional, abrir a conclusão dos autos a fim de diligenciar buscas nas fontes probatórias, quando, por seu juízo, o processo não se encontrar em condições plenamente satisfatórias para permitir um pronunciamento de mérito com segurança.

Disse a “qualquer momento” porque há provas supervenientes, provas contrárias e outras que surgem no correr do feito e essas, se admitidas, podem causar perplexidade no espírito do julgador e necessitar, segundo seu entendimento, de melhor serem esclarecidas.<sup>536</sup>

De regra, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Então se cogita da existência de eventuais lacunas no material probatório.

Inserem-se em etapas diversas do processo, embora muito próximos, o princípio da livre apreciação ou persuasão racional e o princípio do ônus da prova. Aquele, que antecede este, no momento da valoração das provas, permite ao juiz obter livremente a convicção sobre a verdade ou a falsidade das afirmações feitas no processo, inclusive com base nas regras de experiência. Diante das incertezas em que fica o juiz, não se sentido convencido sobre os fatos relevantes, utilizar-se-á dos seus poderes,

---

<sup>536</sup> Casos há em que as provas são produzidas previamente. Isso pode acontecer antes do início do próprio processo ou, durante seu curso, antes da realização da audiência, que seria o momento adequado.



determinando *ex officio*, motivadamente, a realização da prova necessária como última solução, a “tábua de salvação que a lei atira ao juiz”.<sup>537</sup> Atravessada essa fase, sem poder encontrar a solução, aplica-se a regra de julgamento baseada no ônus da prova que dá ao juiz o que a livre apreciação lhe negou. O ônus da prova viabiliza o pronunciamento judicial de mérito. É o aspecto objetivo que se desenvolveu por insuficiência do prisma subjetivo que se aplica quando determinado fato não foi provado, tendo o juiz de imputar a alguém as conseqüências desfavoráveis da falta da prova. Verificando que o fato não provado era o constitutivo, as conseqüências nefastas recaem ao autor; se a prova faltante é de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, quem suportará tais conseqüências será o réu.

O que foi dito até aqui ficou restrito ao juiz de primeiro grau. Mas também se aplica aos juízes de segundo grau. O órgão que vai julgar a causa em grau de recurso necessita saber se deve ou não concordar com a valoração feita em primeira instância e para isso, outra solução não lhe resta senão confiar no que está dito pelo juiz nos autos. Às vezes a leitura fria de um depoimento pode ter várias significações; a mesma frase pode ter dois tons diferentes, distintos e até opostos, além de obscuro, porque quem o colheu não teve o cuidado de atentar-se para a clareza.<sup>538</sup>

No sistema brasileiro, é por intermédio do juiz que a prova é carreada para os autos. É ele quem formula as perguntas, ainda quando formuladas pelos advogados das partes e dita para o datilógrafo ou digitador as respostas do depoente. É o juiz peça mestra, decisiva na colheita dessa prova. Seria, com diz Barbosa Moreira,<sup>539</sup> importante que o juiz, a essa altura, já tivesse estudado os autos com suficiente vagar, formando uma idéia da causa para saber quais as questões relevantes que o guiasse na formulação

---

<sup>537</sup> Termo usado por José Carlos Barbosa Moreira in *O juiz e a prova*. RePro n. 35, cit., p. 181.

<sup>538</sup> No futuro, isso pode ser resolvido com o progresso tecnológico. A possibilidade de reproduzir a imagem perante o órgão julgador de segundo grau, resolve a questão.

<sup>539</sup> *O juiz e a prova*. RePro n. 35, cit., p. 182.

das próprias perguntas e com convicção e firmeza, deferir ou indeferir as indagações que lhe fossem requeridas pelos advogados das partes.

Isso nem sempre acontece, infelizmente. O juiz vai para a audiência sem ao menos ter compulsado os autos e, pior, “melhora” o que o depoente diz. Mesmo que com a melhor das intenções, freqüentemente desfigura ou torna ininteligível o depoimento.

Ao se defrontar com situações como essa e sendo o depoimento de importância para um convencimento pleno, livre de perplexidades, pode e deve o órgão julgador converter o julgamento em diligência para sanar a obscuridade dos fatos, esclarecendo a dúvida<sup>540</sup> ou até mesmo, se possível, reproduzir o depoimento perante os juízes de segunda instância. Isso pode ocorrer também com a prova pericial, quando tantas vezes se defronta o juiz com um laudo complexo, mal explicado, termos técnicos ininteligíveis para um leigo no assunto.

Não tem o juiz que se preocupar, ao tomar a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, com o que vão dizer sobre a sua imparcialidade. Como assevera Barbosa Moreira, não dispõe ele de bola de cristal, nem é futurólogo, para prever ou adivinhar qual vai ser o resultado da diligência<sup>541</sup> e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará. Ao juiz não interessa quem vença o litígio; se “o indivíduo ‘X’ ou o indivíduo ‘Y’”, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça

---

<sup>540</sup> José Carlos Barbosa Moreira faz interessante sugestão: Que tal os juízes, ao colher o depoimento da testemunha, anotassem certas peculiaridades em tudo aquilo que possa constituir elemento relevante para a respectiva valoração, como, neste ponto, a testemunha enrubesceu. Isso, segundo o professor, seria um elemento valioso para os julgadores de segundo grau. *O juiz e a prova*. RePro n. 35, cit., p. 183.

<sup>541</sup> Na mesma direção, o pensamento de Jorge W. Peyrano, ao afirmar: “nunca puede saberse *a priori* con certeza cuál va a ser el resultado de una diligencia probatoria, amén de que la existencia de dicha sospecha evidenciaría que la verdad y el derecho están de parte del que se vería injustamente perjudicado por la pasividad de un juez más preocupado por aventar toda imputación de parcialidad que por administrar justicia.” *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Ob. cit., p. 86.

justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade”.<sup>542</sup>

Não se pode esquecer que diante do princípio da publicidade dos atos processuais, concomitante com o princípio do contraditório, tem de ser intimadas as partes litigantes acerca da iniciativa do juiz em buscar as provas *ex officio* e também do momento da sua produção. “Las partes pueden intervenir en ellas y controlarlas”, além do que uma testemunha “pueda ser tachada por la parte conocedora de su parcialidad o ser repreguntado”.<sup>543</sup> Logicamente que se contraditada, a parte que contraditou tem a faculdade de provar a contradita com documentos e com testemunhas, até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado (§ 1º do art. 414 do CPC).

A intervenção das partes na colheita da prova produzida de ofício pelo juiz resume-se no acompanhamento do ato processual, facultadas às reperguntas. Não lhes reabre prazo para apresentação de rol, exceto se dentro do prazo do art. 407 ou 278 do CPC, conforme o procedimento, se ordinário ou sumário.

Importa sejam as partes intimadas para a produção de provas *ex officio*. O prazo para as partes requererem a produção de suas

---

<sup>542</sup> Idem, p. 180. Contrariando esse pensamento, Liebman coloca a imparcialidade do juiz no centro da discussão, ressaltando que o fundamento do princípio dispositivo está na necessidade de mantê-lo (o juiz) como ‘estranho’ à matéria sobre a qual deva exercer o seu juízo. Essa posição de ‘estraneità’ caracteriza a atividade judicial, distinguindo-a de outras atividades públicas. Além de se manter alheio aos interesses discutidos no feito, o juiz deve ter psicologicamente assegurada sua imparcialidade. E corre o risco de ficar comprometida a imparcialidade quando o juiz julga com base numa prova por ele próprio escolhida e por sua iniciativa realizada no processo. (*Fondamento del principio dispositivo. Problemi del proceso civile*. Milano: Morano, 1962, p.13). Cappelletti, rebatendo a crítica de Liebman, assevera que “a imparcialidade do juiz deve dizer respeito ao objeto do processo, e não ao processo. Aqui, sendo ele parte da relação processual não pode ser imparcial”. A dispositividade para Cappelletti, situa-se no vínculo do juiz à iniciativa da demanda pelas partes e no estabelecimento, por essas, do objeto do processo. Assim não fora, a publicização passaria do processo para o objeto do processo; ou, em outros termos, tal e qual ocorre nos países socialistas, a abolição do direito subjetivo”. (*Rivista di Diritto Processuale*, 15/551-565, *apud* Antônio Janyr Dall Agnol Júnior. *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*. Revista *Ajuris* n. 46, ano XVI – julho/1989 – p. 107-108).

<sup>543</sup> Parody, *apud* Peyrano. *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*. Ob. cit., p. 88.

provas é um só, nada justificando a reabertura de prazo para o oferecimento de outras provas ou contraprova em razão da iniciativa de ofício do juiz. A produção dessa prova de ofício não pode ser tida como benéfica ou prejudicial a um dos litigantes, uma vez que não se concebe haja benefício ou prejuízo na realização da justiça.

Ao determinar a produção de prova de ofício, o juiz desconhece qual o resultado que ela produzirá no processo. Na melhor das hipóteses essa prova trará para o processo a verdade real – os fatos tais como aconteceram - a fim de que a tutela jurisdicional seja entregue de maneira equilibrada.

#### **6.10 Conseqüências jurídicas.**

Cappelletti dando nova feição ao princípio dispositivo afasta-o do monopólio das partes na iniciativa da prova, sem que o processo perca seu caráter de dispositivo.<sup>544</sup> A dispositividade situa-se no vínculo do juiz à iniciativa da demanda pelas partes e no estabelecimento, por essas, no objeto do processo. Daí que a iniciativa das provas não é mais monopólio privado, podendo o juiz, como diretor do processo, determinar e produzir no processo, de ofício, as provas que entender necessárias para firmar seu convencimento sobre os fatos afirmados pelas partes, exercendo sua função de julgar e julgar bem, com justiça.

Tendo o Estado interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social, não só às partes devem ser concedidos poderes instrutórios, pois o resultado do processo interessa, não só a elas, mas principalmente ao Estado como meio de tornar possível a convivência das pessoas em sociedade.

---

<sup>544</sup> *Apud* Antônio Janyr Dall Agnol Júnior. *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*. Revista *Ajuris* cit., p.108.

Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque, “se todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado do processo, não se deve deixar nas mãos das partes, apenas, a iniciativa instrutória. Ao contrário, tudo aconselha que também o juiz desenvolva atividades no sentido de esclarecer os fatos. Enquanto as partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o juiz tem em vista o interesse geral. Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a *verdadeira* paz social. Aquele que não vê reconhecido o seu direito, em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado”.<sup>545</sup>

A liberdade das partes não fica limitada diante da iniciativa probatória oficial. Por agir de ofício objetivando conhecer os fatos afirmados no processo, o juiz está simplesmente exercendo sua função, que é de julgar com justiça e para tanto é imprescindível conhecer bem esses fatos para poder aplicar normas jurídicas sobre esses mesmos fatos. As partes podem dispor da relação jurídica de direito material controvertida, mas não necessariamente da relação processual, que é distinta e que vive sob o signo publicístico, e não sob o signo privatístico. Elas não perdem a disposição de seus direitos, mas perdem a disposição do poder do juiz de averiguar os fatos por elas afirmados sobre seus pretensos direitos.

Pelo simples agir oficial de ofício em matéria probatória não se qualifica o processo como inquisitório, eis que, como diz Calamandrei, “conferir al juez el poder de escoger y de utilizar por si los médios de prueba que considera más idôneas para constatar la verdad en el âmbito delineado por

---

<sup>545</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 72.

las peticiones de las partes no está en oposición com el carácter disponible de la relación controvertida”.<sup>546</sup>

Atenuada atualmente se acha a dimensão do princípio dispositivo<sup>547</sup> para a fórmula *iudex secundum allegata partium iudicare debet*. Não se admite mais um princípio dispositivo rígido, caracterizado pelo individualismo liberal. O aumento dos poderes instrutórios do juiz restaura o caráter publicístico do processo, não importando em ato arbitrário. Modernamente, um dos grandes progressos da ciência processual é a introdução do princípio da atividade do juiz, agora chamado a assumir ativamente a direção do processo, não se admitindo mais apenas a constatação jurisdicional da verdade dos fatos alegados, mas antes que no espírito do julgador se forme a convicção da realidade desses fatos.

Essa evolução baseia-se no correto entendimento de que o instituto das provas diz essencialmente respeito à função jurisdicional do Estado, enquanto função pública que é, e de que a solução dos conflitos põe fundamentalmente em movimento o interesse do próprio Estado, representado na iniciativa instrutória do magistrado.

Concluindo: a) Cumpre ao juiz remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular do processo, ordenando o que se mostrar necessário para o seu seguimento, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório (art. 130 do CPC); b) inquirir oficiosamente as partes (art. 343) e terceiros (art. 130) sobre os fatos articulados e os instrumentais que resultem da instrução e discussão, relevantes para o desfecho da lide e se mostrem controvertidos; c) requisitar oficiosamente informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias etc ou quaisquer outros documentos necessários ao esclarecimento da verdade; d) realizar inspeção judicial espontânea e

---

<sup>546</sup> *Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*. Buenos Aires: Europa-America, 1973, p. 406, v.1.

<sup>547</sup> Barbosa Moreira crítica o termo dispositivo. Para ele a expressão é altamente equívoca, utilizada, muitas vezes, em acepções bastante diversas. *O juiz e a prova*. RePro n. 35, cit., p. 179.

oficiosamente ordenada (art. 440); e) determinar, de ofício, a realização de perícia ou de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (art. 437); f) inquirir oficiosamente testemunhas não arroladas pelas partes, se do depoimento de uma das arroladas se constatar que essa outra tenha conhecimento de fatos importantes para a decisão da causa (art. 418); g) inquirir testemunhas, mesmo que arroladas fora do prazo, quando entender necessárias à instrução do processo e voltadas para a pesquisa da verdade; h) mesmo que as partes pretendam o julgamento antecipado da lide, entendendo o juiz que o litígio exija a produção de provas, não está obrigado a atender a vontade dos litigantes, pois o compromisso maior do juiz moderno é com a realização da justiça, por isso está investido de poderes de iniciativa probatória.

Em todos esses atos as partes serão sempre intimadas, podendo neles intervir e controlá-los e o juiz, preservada sua convicção, sempre motivar fundamentadamente a necessidade da realização desse ato.

### **6.11 Responsabilidade do juiz.**

De tudo o que foi dito pode-se concluir que o princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade que as partes têm para praticar atos processuais visando à disposição de seus direitos subjetivos. Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. A atuação do juiz deve ser dinâmica, visando trazer para os autos o retrato fiel da realidade jurídico-material.<sup>548</sup>

---

<sup>548</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 158.

No entanto, os poderes de iniciativa probatória do julgador, embora o valorizem nas suas funções, não o torna irresponsável. Tem o juiz de sentir o peso da sua decisão.

Afasta-se, de plano, a idéia de que o juiz tenha poder discricionário de determinar a realização da prova; não o faz por conveniência e oportunidade. Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função para tomar atitudes decisórias compatíveis com as necessidades do processo civil moderno.

Ao decidir a respeito da realização de determinada atividade instrutória deve demonstrar a necessidade fundamentadamente. Esclarecerá o juiz os motivos por que, no seu entender, a situação dos autos reproduz a hipótese legal (art. 130 do CPC).

A adequada fundamentação oportuniza as partes o convencimento ou não na necessidade da prova e em eventual recurso possam apresentar as razões de impugnação e o órgão superior tenha condições de examinar os argumentos favoráveis e contrários à conclusão impugnada.

Importante que o juiz inteire-se das questões postas que necessitam de julgamento e se dependentes de esclarecimentos para proferir uma decisão justa, deve, de ofício, determinar a produção de prova para o afastamento do estado de perplexidade ou de incerteza de justiça. Com isso, estará proporcionando um real equilíbrio entre as partes.

Sempre que o juiz entenda de completar a iniciativa probatória, haverá de agir com grande cautela e parcimônia para não violar o dever de imparcialidade, demonstrando ou justificando a importância e a necessidade e que a decisão de determinar a prova seja fundamentada nesse sentido.

No entanto, o juiz deve estar cômico da sua responsabilidade. Não basta o fortalecimento da sua autoridade, conferindo-lhe total liberdade em determinar de ofício o recolhimento de provas pelas



partes não provocadas de qualquer natureza para melhor e mais justa solução do litígio. Não é segredo aos que labutam diariamente nas lides forenses que as questões de fato são sempre menos apetitosas do que as questões de direito. Estas têm certa predileção para análise, enquanto que aquelas, geralmente enfadonhas, dependem de paciência para que sejam analisadas e reconstituídas. Imagine-se um juiz que não tem muito apreço pelo trabalho. A outorga de maiores poderes instrutórios pode lhe dar a oportunidade para procrastinar caprichosamente o curso do processo. Basta, por exemplo, argumentar que para o esclarecimento da verdade, necessária a realização dessa ou daquela prova. Uma vez realizada, ordena outra, por entender que a verdade ainda não está esclarecida e, assim, outra e mais outra; ou, ainda, determina um exame pericial dispendioso, de nenhuma utilidade para o deslinde da causa.

Lembra a respeito Humberto Theodoro Júnior, com muita propriedade, “que muitas vezes a conduta do juiz exorbita, por não saber discernir o que a lei lhe permite ou lhe não recomenda. É que no campo da imparcialidade e da isenção de ânimo, o pressuposto maior é a qualidade moral do julgador, elemento que não depende, nem se sujeita ordinariamente a regras e mandamentos de direito objetivo. Mesmo perfeita a lei, no espírito e na forma, pode muito bem ser traída pela má-fé ou desídia do aplicador. O único penhor da justa e perfeita aplicação da norma de conduta imparcial do juiz é a *virtude*, a fé no valor das aspirações político-constitucionais que dominam o ordenamento jurídico”.<sup>549</sup>

E reproduzindo Couture, lamenta, o citado autor, “este gênero de qualidade não pode estar dentro do sistema de normas, mas somente dentro do coração humano, justamente onde nenhuma norma pode alcançar” e conclui: “Daí a relevância do rigor com que se devam escolher os

---

<sup>549</sup> *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense n. 263 - jul-set/1978 - p. 44-45.

juízes, a fim de evitar-se que a pesada e sublime missão de julgar venha a cair em mãos inábeis ou deletérias.”<sup>550</sup>

Não basta que essa responsabilidade seja pecuniária. Cândido Rangel Dinamarco, ao explicar quais são os destinatários dos deveres do art. 14 do Código de Processo Civil, inclui o juiz,<sup>551</sup> mas não se tem notícia de que algum juiz tenha sido responsabilizado pela prática de atos inúteis no processo.

Embora não seja objetivo desse estudo, para simples reflexão, só um sistema de controle poderia ser possível libertar-se do arbítrio do magistrado e esse controle, a exemplo do sistema inglês, teria de ser social e não institucional, até porque, quanto mais perfeito o sistema de controle, mais perfeito seria o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>550</sup> Idem, p. 45.

<sup>551</sup> “O *caput* do art. 14 do Código de Processo Civil, segundo a redação que lhe imprimiu a *Reforma* em 2001 (Lei n. 10.358, de 27.12.2001), consigna como destinatários dos deveres éticos regidos no capítulo *as partes e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*. Isso significa abranger não só todas as partes, inclusive assistentes e intervenientes em geral, como também seus advogados, o próprio juiz, o Ministério Público, a Fazenda Pública, os auxiliares da Justiça e as testemunhas...” (*A reforma da reforma*. Malheiros Editores, 2003, p. 58-59). Doutrinam no mesmo sentido, os Professores Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 17-39, especialmente p. 35-36,

Das questões aqui discutidas, é possível concluir que a finalidade deste estudo foi revisitar o princípio dispositivo, demonstrando que sua adoção pelo Código de Processo Civil não foi de modo absoluto, tanto que confere ao juiz a função de diretor do processo (art. 125)<sup>552</sup> e como tal, o poder de determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Além disso, o mesmo Código lhe dá (art.131) poderes de apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte, embora deva, sempre, indicar, na sentença ou em qualquer decisão que tomar no processo, os motivos que lhe formaram o convencimento. Em se tratando de jurisdição voluntária, os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar suas alegações, mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar, de ofício, a realização de quaisquer provas (art. 1.107), desde que, obviamente, fundamente suas decisões (Constituição Federal, art. 93, IX) e determine a realização de prova lícita (Constituição Federal, art. 5º, LVI; CPC, art. 332).

Também se procurou demonstrar que o juiz não tem mais peias para encontrar a mais justa solução dos litígios. Tem ele a incumbência de, mediante despacho motivado, ordenar toda e qualquer medida própria a comprovar ou investigar tudo o que disser respeito aos fatos alegados pelas partes e que servem de fundamento às questões e ao objeto litigioso. Em outras palavras: Toda e qualquer diligência necessária à instrução do processo.

Fez-se uma análise dos modelos processuais. O primeiro seria o *liberal*, cujas bases se assentaram na ideologia da revolução francesa,

---

<sup>552</sup> Na Exposição de Motivos do CPC ficou consignado que “O projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 130, III)”.

largamente difundido na Alemanha e em quase toda a Europa e América no Século XIX. Nele predominou o princípio dispositivo, de concepção individualista, exprimindo-se na máxima clássica do *laissez-faire, laissez passer*. Havia completo desinteresse do Estado no litígio e sua solução teria de ser encontrada por obra dos próprios interessados.

O processo civil tinha a função de servir de mero instrumento de atuação dos interesses particulares dos litigantes, que, por isso, o dominavam completamente. Como o juiz ficava limitado à quase posição de mero espectador, ganhava a causa o mais forte ou o mais esperto.

A notória insuficiência do processo liberal ensejou a oportunidade ao surgimento de duas novas correntes, que, atualmente, dividem o pensamento humano nas esferas filosófico, política e econômica: a *socialista* e a *social*.

O socialismo apoiado no pensamento de MARX anula o indivíduo e o imola em holocausto à supremacia da coletividade. Há nítida valorização do interesse social ou coletivo sobre o individual. Nessa corrente, redundou o processo civil num modelo altamente autoritário, com predominância notória do princípio inquisitivo. O juiz, que no modelo liberal se limitava a testemunhar a vitória do mais diligente, passou, no inquisitivo, a sobrepor-se às próprias partes, com atividade de ofício até mesmo sobre a pesquisa de fatos não trazidos aos autos.

De acordo com a ideologia liberal, a qual se filiou o Direito Processual Brasileiro, prevalece o princípio dispositivo na iniciativa da propositura da demanda, mas o impulso do processo é oficial, independente de provocação das partes.

Desprezou-se o anacrônico conceito de processo como simples apêndice do direito material. Essa emancipação da ciência processual possibilitou novo enfoque ao princípio dispositivo, com conseqüências profícuas ao reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz. O processo

passou a ser encarado primordialmente como um instrumento de consecução das finalidades do Estado. Nessa visão de natureza eminentemente pública, não mais se confunde com os direitos privados das partes nele discutidos, prevalecendo o interesse público sobre os interesses privados, fazendo com que as partes não tenham disposição sobre o resultado do processo, ainda que o direito material em jogo seja disponível.

A autoridade do juiz ficou reforçada de poderes indispensáveis para se tentar a solução mais justa do litígio, sem contudo ultrapassar a situação fática trazida pelas partes aos autos. A disponibilidade das partes atine ao seu poder de determinar o objeto do processo, por intermédio dos limites impostos por sua ação. Assim, o juiz, de mero espectador, que assistia passivamente a disputa judicial entre as partes, como ocorria no modelo liberal, passou a exercer o poder de direção do processo, participando dele como força viva e ativa. Na condução do processo o juiz tem efetiva e ampla iniciativa probatória, sempre com vista a um resultado justo.

A função social do processo passou a ser a solução dos litígios de maneira a assegurar a paz da comunidade. Essa composição há de ser encontrada sob a inspiração do justo, isto é, de acordo com o direito e com a verdade.

Como todo direito origina-se de um fato (fato jurídico), o juiz só pode dar justa solução ao litígio quando tenha ciência da verdade a respeito dos fatos que envolveram os litigantes. Esses fatos devem ser reconstituídos pelo juiz no processo para deles se informar da realidade que interessam à solução da causa. A justiça da solução será tanto maior quanto mais perfeito for o conhecimento do juiz sobre a verdade dos fatos afirmados. Somente conhecendo a verdade estará o juiz habilitado a realizar a justiça a que se destina o processo.

E para conhecer essa verdade, a liberdade de atuação do juiz há de ser ampla quanto possível, sem empecilhos ou impedimentos por quem quer que seja, nem manietação pelas partes com a prática de atos protelatórios ou chicanas.

Uma vez proposta a demanda, a atividade do juiz em busca da composição do litígio torna-se atuante, informando-se da realidade dos fatos que interessam à solução da causa. Essa solução deve ser dada com Justiça e ela será tanto maior quanto mais perfeito for o conhecimento do juiz sobre a verdade.

“A convicção da verdade é a *certeza* sobre a qual deve assentar a prestação jurisdicional. Essa certeza, na sistemática de nosso direito só pode ser formada à luz dos fatos provados nos autos.”<sup>553</sup>

Ainda que livre para formação de seu convencimento, o juiz, segundo o art. 131 do Código de Processo Civil, só poderá atender “aos fatos e circunstâncias constantes dos autos”, muito embora não fique adstrito àqueles alegados pelas partes.

Trata-se, segundo Humberto Theodoro Júnior, “de um limite imposto à atividade do juiz para evitar o arbítrio em pesquisas fora do controle rígido que os sujeitos da relação processual devem exercer sobre todos os atos do processo. Pudesse o juiz invocar fatos estranhos àqueles demonstrados em juízo, nenhuma segurança teriam os litigantes para defesa de seus interesses”.<sup>554</sup>

A ampliação dos poderes do juiz no campo da prova de maneira alguma importa em retirar das partes o ônus de deduzir os fatos com que pretendem demonstrar o seu direito. A elas recai a exposição da fonte de prova, isto é, do fato de que se servirá o juiz para decidir. Compete-lhes

---

<sup>553</sup> Humberto Theodoro Júnior. *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense 263, cit., p. 42.

<sup>554</sup> Idem.

averiguar<sup>555</sup> os fatos e afirmá-los no processo. A atividade de averiguar não pertence ao processo; é pré-processual. Tudo aquilo que foi averiguado e afirmado (fonte de prova), necessita ser provado.

Mas isso não impede ao juiz o seu desígnio de encontrar a verdade. Recai-lhe a atividade de verificação (meio de prova)<sup>556</sup>, para que seu provimento se aproxime o mais possível da verdade, isto é, para que seja justo, embora essa verdade seja a certeza formada à base das provas de que disponha nos autos. Na realidade, o ideal seria que todas as lides só fossem compostas através da certeza do juiz em torno da verdade real, mas a verdade absoluta é muito freqüentemente inatingível para o conhecimento humano, de sorte que sempre seria possível pôr em dúvida a juridicidade do julgamento que a tivesse por único e indispensável fundamento.

O escopo do processo é manter a paz social mediante a atuação das normas jurídicas objetivas. Em razão disso, a posição do juiz no que toca à determinação e produção das provas, toda liberdade lhe é dada. Às partes resta somente a propositura da demanda e a fixação do *thema decidendum*. A investigação da verdade,<sup>557</sup> meio indispensável à distribuição da Justiça, que é a meta do processo, não fica mais sob o controle exclusivo delas, sob pena de frustrar o desígnio superior da atividade jurisdicional.

Por isso “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130 do CPC).

Prestigiada doutrina, conjugando esse dispositivo com o art. 333 do citado Código, tem encarado a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de provas somente a título subsidiário, isto é, somente

---

<sup>555</sup> Averiguar é buscar algo que se ignora e que se necessita conhecer; é uma operação de busca, de investigação. (Santiago Sentís Melendo. *Iniciativas probatórias del juez en el proceso civil. Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ejea, 1967, p. 601-648, v.1).

<sup>556</sup> Verificar é a constatação de que aquilo que for a averiguado, de depois afirmado, corresponde à realidade. (Santiago Sentís Melendo. Ob. e p. citis).

<sup>557</sup> Amplos também são os poderes do juiz no que diz respeito ao andamento do processo e à sua disciplina.

depois de desenvolvida a atividade probatória das partes e ainda persistir o estado de perplexidade sobre fatos relevantes. Os partidários dessa opinião alegam que a ingerência oficial acabaria por afrontar a igualdade de tratamento entre as partes (art. 125, I, do CPC).

Mas, por outro lado, não menos autorizada doutrina tem sustentado a possibilidade de investigação probatória oficial sem se apegar à necessidade de o autor provar os fatos constitutivos e o réu os extintivos, modificativos e impeditivos. O juiz pode determinar a produção de provas sem que com isso importe no desvirtuamento do ônus da prova ou no desequilíbrio entre as partes. Essa posição encara o ônus da prova sob o prisma objetivo, como regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz no momento de julgar, sem que haja nenhuma contradição entre os arts. 130 e 333 do CPC.

Ficou consignado neste estudo que a atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial não prejudica a sua imparcialidade. Ao determinar a realização de uma prova, o juiz não sabe qual será o resultado, nem qual das partes ela beneficiará. Além disso, há processos em que ninguém duvida da possibilidade e da conveniência de o juiz determinar a realização de provas *ex officio*, como no processo penal, sem que isso implique diminuição da importância da sua imparcialidade. Ao juiz importa a vitória a quem, efetivamente, tenha razão, não que saia vitorioso *x* ou *y*, considerados nas suas características de indivíduos. O benefício da diligência ordenada é que vai beneficiar aquele que tem razão. Logo, a iniciativa oficial de determinar a realização de uma prova não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.<sup>558</sup>

Sem prejuízo da defesa das partes e sob sua mais ampla e irrestrita fiscalização, tudo há de ser praticado pelo juiz, que não fica manietado na busca da verdade real que interessa ao processo. A inércia das

---

<sup>558</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *O juiz e a prova*. RePro n. 35, cit., p. 180.



partes não impede o juiz de determinar *ex officio* a realização da prova que julgar necessária para melhor e mais justa solução do litígio. Essa busca de ofício não retira das partes a indicação e a apresentação do material probatório, sendo certo que, se nenhum dos sujeitos apresentar e o juiz quedar duvidoso, em estado de perplexidade quanto a prova produzida, o julgamento será feito pela distribuição do ônus subjetivo da prova.

Essa iniciativa do juiz não sofre os efeitos da preclusão, que só se refere, em matéria de prova, às faculdades processuais das partes. Ao juiz é lícito determinar coleta de prova em qualquer fase do procedimento. Até mesmo depois de encerrada a audiência pode o juiz converter o julgamento em diligência para complementação de prova, quando necessária para minimizar seu estado de perplexidade.

As medidas de melhor prover são endereçadas a qualquer juízo ou tribunal, podendo ser utilizadas a qualquer momento antes de findo o ofício jurisdicional, sempre notificadas as partes.<sup>559</sup>

Diante da coexistência no processo de duas espécies de interesses em jogo, uma de interesse privado, das partes, que envolve o tema de direito material, do qual quase sempre os interessados podem dispor livremente e outra de interesse público, do Estado, na qual o conflito deve ser composto afinal segundo a maior dose de justiça e sempre com prevalência da ordem pública, na iniciativa da prova o juiz deve sempre respeitar o princípio da igualdade das partes, o princípio da liberdade das partes de dispor de seu direito material, o princípio da imparcialidade, e, sobretudo, agir com *virtude e bons propósitos*, no sentido de que o processo seja realmente dirigido com a melhor dose de honestidade e eficiência.<sup>560</sup>

---

<sup>559</sup> Reza o art. 159 do Código de Processo Civil Chileno: “Puesto el proceso en estado de sentencia, podrán los tribunales, para mejor resolver, ordenar de oficio, pero dando de ello conocimiento a las partes, alguna o algunas de las siguientes medidas...”

<sup>560</sup> Humberto Theodoro Júnior. *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense n. 263, cit., p. 45.

## BIBLIOGRAFIA

- AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- ALMEIDA, J. C. Mendes de. *Diretrizes do Processo no Código Penal*. Revista Forense n. 94, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, abr/1943.
- ALONSO, Pedro Aragonese. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- ALVIM, Tereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. IV.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ARAZI, Roland. *La prueba en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, v.I.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. Obra escrita em parceria com Ives Gandra Martins. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, v. II.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- \_\_\_\_\_ *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1948, v.II.
- BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova. Estudos de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1972, v.1.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, v.I.
- \_\_\_\_\_ *Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. Buenos Aires: Europa-América, 1973.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Palestra proferida no 4º Congresso de Processo Civil e Direito Civil de Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, mar/2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, v.II.
- \_\_\_\_\_ *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1998, v.I.
- CAMPO, Hélio Márcio. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1974.
- \_\_\_\_\_ *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: Europa-América, 1973.
- \_\_\_\_\_ *La oralidad y las pruebas en el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1972.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryn. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- CARMONA, Carlos Alberto. *O processo arbitral*. RT Informa n.30. Ano V, mar-abr/2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- \_\_\_\_\_ *O conceito jurídico da prova*. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 2003.
- \_\_\_\_\_ *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Europa-América, 1971.
- \_\_\_\_\_ *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v.II.
- \_\_\_\_\_ *Estudios de Derecho Procesal*. Colección Ciência del Proceso. Buenos Aires: Europa-América, 1952, v.II.
- CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CARVALHO SANTOS. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.,
- CASTRO FILHO, José Olympio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Obra revista e atualizada por José Rubens Costa. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v. X.
- CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. 2ª ed. Campinas: Servanda, 2000.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, v.1.
- COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1992.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 1946.
- \_\_\_\_\_ *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.
- \_\_\_\_\_ *A reforma da reforma*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.
- \_\_\_\_\_ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- \_\_\_\_\_ *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.
- EIRÓ, Pedro. *Noções elementares de direito*. Lisboa: Editorial Verbo, s.d.
- FARINA, Juan M. *Justicia ficción y realidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1991.
- FUX, Luiz. *Juizados Especiais – um sonho de justiça*. Revista de Processo n. 90, São Paulo: RT, abr-jun/1998.
- GOMES, Luiz Fávio. *A dimensão da magistratura no Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, v.II.
- GUSMÃO, Chrysolito de. *Direito Judiciário e Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Trad. F. Silveira Ramos. 25ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- JORGE, Mário Helton. *O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre o pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais vol. 822, abr/2004.
- JÚNIOR, Antônio Janyr Dall Agnol. *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*. Porto Alegre: Ajuris n.46, – jul/1989.
- JUNOY, Joan Pico I. *Los principios dei nuevo Proceso Civil Espanõl* Revista de Processo n. 103, São Paulo: RT, jul-set/2001.
- LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en Derecho Civil*. 4ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1964, v. I e V.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Araras: BestBook – Editora Distribuidora Ltda, 2001.
- \_\_\_\_\_ *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectus Editora, 2003, v. II.
- \_\_\_\_\_ *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del Proceso Civile*. Milano: Morano, 1962.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

- LISBOA, Antonio Vanguerve Cabral. *Prática Judicial*. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1862.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1947.
- LOPES, João Batista. *Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: Como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa?* Revista de Processo n. 105, São Paulo: RT, jan-mar/2000.
- \_\_\_\_\_. *A prova no Direito Processual Civil*. Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 4ª ed. Barueri: Editora Manole Ltda, 2004.
- MACHADO, António Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A lógica da provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MARTINS, Pedro Batista. *Em defesa do ante-projeto de Código de Processo Civil, in Processo oral*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. Revista Forense n. 78.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *O contrato de abertura de crédito em conta corrente - cheque especial – como objeto do procedimento monitório*. Revista de Processo n. 100, São Paulo: RT, out-dez/2000.
- MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- MELENDO, Santiago Santís. *Natureza da prova*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. Revista Forense n. 246.
- \_\_\_\_\_ *Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil*. Estudios de derecho procesal. Buenos Aires: EJEA, 1967.
- MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1966.
- \_\_\_\_\_ *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-América, 1961.
- MILHOMENS, Jônatas. *A prova no processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, s.d.
- MONIZ DE ARAGÃO. E. D. *Direito à prova*. Revista de Processo n. 39, São Paulo: RT, jul-set/1985.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. Revista de Processo n. 86, São Paulo: RT, mar-jun/1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. V.
- \_\_\_\_\_ *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_ *La igualdad de las partes en el proceso civil*. Temas de Direito Processual. 4ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_ *O futuro da justiça: Alguns mitos*. Temas de Direito Processual. 8ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_ *O juiz e a prova*. Revista de Processo n. 35, São Paulo: RT, jul-set/1984.



- \_\_\_\_\_ *A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo.* Revista de Processo n. 37, São Paulo: RT, jan-mar/1985.
- \_\_\_\_\_ *O problema da “Divisão do Trabalho” entre juiz e partes. Aspectos terminológicos.* Revista de Processo n. 41, São Paulo: RT, jan-mar/1988.
- \_\_\_\_\_ *A Justiça no limiar do novo século.* Revista de Processo n. 71, São Paulo; RT, jul-set/1993.
- \_\_\_\_\_ *Correlação entre o pedido e a sentença.* Revista de Processo n. 83, São Paulo: RT, jul-set/1996.
- \_\_\_\_\_ *Por um processo socialmente efetivo.* Revista de Processo n. 105, São Paulo: RT, jan-mar/2002.
- NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_ *Sobre o Poder Judiciário.* Reunião de artigos escritos pelo autor. Editora do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- NOGUEIRA, Tania Liz Tizzoni. *Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova.* RDC n. 7.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidades da sentença e o princípio da congruência.* São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- OTHON SIDOU, J. M. *Processo Civil Comparado.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no Direito Processual Civil.* Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- PALÁCIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 15ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- PALAIA, Nelson. *Técnica da contestação*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.
- PAPIC, Ignacio Rodriguez. *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantia*. 5ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- PEGORARO, Olinto A. *Ética e Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1995.
- PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Código de Processo Civil Interpretado*. Obra coletiva. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- PEYRANO, JORGE W. *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *A dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Edições GRD, 1988.
- PIMENTA, José da Costa. *A lógica da sentença*. Lisboa: Livraria Petrony, LDA, 2003.
- PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. *Princípio da congruência no Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, t. IV.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_ *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofia del derecho*. 9ª ed. México: Porrúa, 1986.

- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1963, v.III.
- ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo Civil e Comercial Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo – Barcellos, Bertaso & Cia., 1940, v.I.
- ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. 2ª. Ed. em castellano. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Editora Juruá, 2003.
- SACRISTÁN, Isidoro Alvarez. *La Justicia y su eficacia*. Madrid: Editorial Colex, 1999.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, v.I.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, v. III, t.I.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, v. II e III.
- \_\_\_\_\_. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/d, v. I e V.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.
- SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, v.I.
- SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Campinas: Editora Romana, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1980, v. III.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, v.I.

- SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *Considerações sobre as garantias constitucionais do acesso ao Judiciário e do contraditório*. Obra coletiva sob a organização de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 1997.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC art. 461; CDC art. 84*. Revista dos Tribunais, 2001.
- TARUFFO, Michele. *Lê prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè. Ano L, n. 1, mar/1996.
- \_\_\_\_\_ *La prueba de los hechos*. Trad. De Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz. Seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 1999.
- \_\_\_\_\_ *O STJ e o Processo Civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.
- \_\_\_\_\_ *O juiz em face do Código de Processo Civil*. Revista de Processo n. 10, São Paulo: RT, abr-jun/1978.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 22ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 2004.
- \_\_\_\_\_ *Curso de Direito Processual Civil*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2001, v.I.
- \_\_\_\_\_ *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense n. 263, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, jul-set/1978.

- THEOTONIO NEGRÃO e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_ *Técnica processual do Código de Defesa do Consumidor. Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- VECCHIO, Giorgio del. *A Justiça*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Ed. Saraiva, 1960.
- VIOLANTE, Carlos Alberto M.S.M. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Campinas-SP: Copola Editora, 2000.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v.I.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_ *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*. Obra coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_ *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

\_\_\_\_\_ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* (Comentado pelos autores do projeto). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)