

JULIANE PENTEADO DE CARVALHO BERNARDI

**A PRECLUSÃO TEMPORAL EM FACE DO DIREITO PROBATÓRIO NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UM ESTUDO À LUZ DO PROCEDIMENTO
COMUM ORDINÁRIO**

**CURITIBA
2007**

JULIANE PENTEADO DE CARVALHO BERNARDI

**A PRECLUSÃO TEMPORAL EM FACE DO DIREITO PROBATÓRIO NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UM ESTUDO À LUZ DO PROCEDIMENTO
COMUM ORDINÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

**CURITIBA
2007**

À minha amada família.

Em especial, à minha mãe, companheira e amiga de todas as horas; a meu pai, pelo auxílio e entusiasmo com que sempre busca me incentivar; a meu avô, meu grande exemplo, por todos os conselhos e lições de vida; à Mama e à Ili, minhas queridas “segundas mães”.

Às minhas afilhadinhas do coração, Julia e Maria, que, com pureza ideal de criança, ficam a cada dia mais engraçadinhas.

Ao Arthur, pelo amor sincero e pelo incentivo fundamental para eu vencer esta etapa.

“Convém que a justiça seja *pronta*, mas, mais do que isso, convém que seja *justa*. O problema fundamental da política processual consiste exatamente em saber encontrar o equilíbrio razoável entre as duas exigências: a celeridade e a justiça”.

José Alberto dos Reis

RESUMO

O processo civil atual impõe que seu estudo seja voltado ao aprimoramento da celeridade, da efetividade e, principalmente, da justiça, valores que caracterizam uma prestação jurisdicional adequada e, portanto, apta à concretização da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, importante refletir se os institutos e procedimentos adotados pelo processo civil brasileiro estão atendendo a tais pressupostos, visto que o seu descumprimento afeta a boa prestação jurisdicional. Com esse intuito, o presente trabalho investiga os contornos da aplicabilidade do instituto da preclusão temporal em face do direito à prova, posto que, se, por um lado, o direito à prova possui fundamento constitucional e é correlato à busca de uma decisão justa, por outro, tais aspectos não o tornam um direito absoluto ou ilimitado, como se alheio aos efeitos da preclusão temporal. O enfrentamento do desafio de conciliar ambos os institutos demonstrou que embora seja louvável que a preclusão temporal se preocupe com a celeridade e a ordem processual, sua falta de comprometimento com a justiça conduz à conclusão de que sua aplicação rigorosa em matéria probatória pode comprometer a justiça material e a busca pela verdade real, verdadeiros pilares do processo civil atual, de caráter eminentemente publicista

Palavras-chave: preclusão, direito à prova, poderes instrutórios do juiz, efetividade do processo.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
2 EFETIVIDADE E JUSTIÇA COMO PILARES DE UMA JURISDIÇÃO CIVIL ADEQUADA	4
2.1 A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	4
2.2 A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA.....	6
2.3 A RELEVÂNCIA DO “TEMPO” PARA O DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	9
2.4 OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	11
3 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO PROBATÓRIO	14
3.1 A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA	14
3.2 A COMPREENSÃO DA PROVA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL	15
3.3 LIMITAÇÕES DO DIREITO À PROVA.....	17
3.4 OBJETO DA PROVA	19
3.5 FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	21
3.6 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	23
3.7 FINALIDADE DA PROVA	26
3.7.1 A “verdade” sugerida como finalidade da prova judicial.....	28
4 A PRECLUSÃO	32
4.1 A PRECLUSÃO COMO INSTITUTO BÁSICO DO PROCESSO.....	32
4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	33
4.3 CLASSIFICAÇÃO	36
4.4 FUNDAMENTO E FINALIDADE DO INSTITUTO	38
4.5 EFEITOS DA PRECLUSÃO	40
5 A PRECLUSÃO TEMPORAL EM FACE DO DIREITO À PROVA	43
5.1 A PRECLUSÃO TEMPORAL EM CADA FASE DA REALIZAÇÃO DA PROVA	43
5.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INCIDÊNCIA DE PRECLUSÃO TEMPORAL NA ATIVIDADE PROBATÓRIA.....	46
5.3 A PRECLUSÃO TEMPORAL E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	49
5.4 UMA VISÃO ATUAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	52
6 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

Há uma preocupação crescente e generalizada no mundo jurídico pela busca de um processo capaz de dar efetividade aos direitos que precisam ser através dele protegidos. Com efeito, para a concretização do verdadeiro acesso à Justiça, há que se disponibilizar aos cidadãos um processo célere, eficiente e que busque, acima de tudo, a justiça.

A proteção e promoção da dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Estado, bem como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sendo que uma das formas de promovê-la é, inegavelmente, por meio da realização de uma prestação jurisdicional adequada. Assim, é direito do cidadão receber uma efetiva e justa tutela jurisdicional. Daí a importância de refletir se os institutos e procedimentos adotados pelo processo civil brasileiro estão atendendo à efetividade, à celeridade e aos demais ditames processuais insertos na Constituição Federal, pois o seu descumprimento afeta a boa prestação jurisdicional e, conseqüentemente, fere a dignidade das pessoas.

Na monografia a ser desenvolvida, far-se-á um estudo sobre a aplicabilidade da preclusão temporal no tocante à atividade probatória das partes e do juiz, especificamente no âmbito do procedimento comum ordinário. O objetivo é investigar se a preclusão temporal incide de maneira absoluta sobre a possibilidade das partes de produzirem provas a qualquer tempo.

Na defesa do instituto, tem-se o argumento de que a preclusão compele o processo a avançar à solução final, servindo de barreira ao retorno de fases já superadas e imprimindo maior celeridade ao rito, o que confere com a imprescindibilidade de se assegurar precisão e duração razoável no desenvolvimento dos atos processuais. A crítica à preclusão, por outro lado, diz respeito a sua falta de comprometimento com a justiça, que, por sua vez, é o ideal maior do processo civil.

Toda esta problemática está envolta pela ponderação que se deve fazer entre os princípios da efetividade e da justiça do julgado, posto que ambos devem ser perseguidos concomitantemente pelo processo civil, sem predileções por um ou por outro, visto que a Constituição Federal não lhes outorga diferentes graus de relevância entre si (CF, art. 5º, XXXV, LV e LXXVIII).

Paralelamente, é condição essencial do Estado Democrático de Direito que seja assegurado aos cidadãos um processo rápido e uma sentença justa. Tanto os princípios da ampla defesa e do contraditório, quanto o direito à razoável duração do processo, fazem parte do conteúdo da cláusula do devido processo legal e constituem garantias constitucionais. Despido de quaisquer dos princípios acima citados, o direito processual se torna fragilizado - senão inócuo – e inconsistente a proteção jurídica, o que deixa desprotegidas as relações jurídicas. E, para a real concretização do devido processo legal, imprescindível que se atenda concomitantemente à efetividade processual e à justiça material (esta auxiliada pelo direito à prova, conforme se demonstrará).

De fato, o processo civil enfrenta o dilema de ter de atender a duas exigências contraditórias entre si: a justiça material (apoiada, via de regra, sobre a ampla produção probatória) e a efetividade (em cujo conteúdo se insere a celeridade). Diz-se que são valores a princípio contraditórios entre si porque, enquanto um requer o mínimo dispêndio possível de tempo, o outro, impreterivelmente, demanda tempo. A concessão de mais oportunidades às partes para apresentarem suas razões e provas, na mesma proporção em que aumenta a chance de obtenção de uma sentença justa, desatende à necessidade de que o processo se desenvolva com a maior rapidez possível. E, assim como não se pode pecar por uma justiça “tardia”, também não se pode permitir decisões “afoitas”.

É nesse quadro conflitante que assume relevância o estudo sobre o instituto da preclusão no âmbito do direito probatório, principalmente para saber se constitui um intermediador satisfatório entre os dois escopos do processo civil - “um processo rápido e uma sentença justa”¹ - e em que medida se aplica à atividade probatória.

A primeira parte do trabalho alude ao fato de que é dever do Estado proteger e promover a dignidade da pessoa humana, que é seu fundamento de existência. Uma das formas de cumprir tal dever é oferecendo aos cidadãos uma prestação jurisdicional adequada – compreendida como uma tutela efetiva, célere e justa. Na seqüência, passa-se à menção de quais são os aspectos indispensáveis a uma boa jurisdição: princípio do devido processo legal, da efetividade, da razoável duração do processo, da segurança jurídica, do contraditório, da ampla defesa e da justiça da decisão, concluindo-se que o estudo do direito processual civil e de seus

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 12.

institutos sempre deve se ater ao atendimento a tais valores.

O direito probatório é tratado a seguir, sendo caracterizado como direito constitucional – por constituir desdobramento do devido processo legal, do direito de ação, da ampla defesa e do contraditório - e, ao mesmo tempo, como direito público subjetivo não absoluto. Mencionam-se os aspectos gerais do direito probatório: a relevância da prova civil, seu objeto e finalidade. Neste último aspecto, são feitas considerações acerca da “busca da verdade”. Também neste tópico expõe-se sobre o poder instrutório do juiz.

Na terceira parte, pontuam-se os aspectos gerais sobre o instituto da preclusão: seu conceito, características, natureza jurídica, espécies, finalidade e efeitos, para que possa ser analisado, no capítulo final, se a preclusão temporal opera efeitos na instrução probatória, no âmbito do processo civil brasileiro, e, em caso afirmativo, em que medida isto ocorre.

2 EFETIVIDADE E JUSTIÇA COMO PILARES DE UMA JURISDIÇÃO CIVIL ADEQUADA

2.1 A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É na dignidade da pessoa humana – noção que engloba todos os direitos fundamentais - que se firmam a validade e fundamento de existência do Estado, pois este é constituído para garantir o respeito àquela, enquanto norte não só das atividades estatais, mas de qualquer outra que se realize sob a diretriz da ordem constitucional brasileira. Em última análise, o Estado só se justifica para assegurar a dignidade da pessoa humana, pois, se não se compromete a fazê-lo, está agindo na inconstitucionalidade – o que se confirma pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que prevê a dignidade da pessoa humana dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, tem-se que o Estado é uma consecução dos direitos fundamentais - não o contrário – e, se não segue por este caminho, ele perde a legitimidade, desconstitucionaliza-se e rompe o pacto firmado na Constituição Federal.

Neste sentido, é primordial para a real concretização do princípio da dignidade da pessoa humana que o Estado ofereça aos cidadãos uma prestação jurisdicional adequada – célere, eficiente e justa. A tutela jurisdicional satisfatória constitui não apenas um dever jurídico do Estado, mas também um direito fundamental do cidadão, conforme expõe Carlos Francisco Büttenbender:

Dentre meio às diversas atribuições acometidas ao Estado, surge com destaque a prestação jurisdicional, a qual deve estar sempre voltada à plena concretização dos anseios dos cidadãos, sob pena de inversão da ordem lógica de organização da sociedade. Se faltar à prestação jurisdicional o quilate da efetividade, falta ao homem a condição de plena cidadania, e se falta a plena cidadania, falta ao Estado uma das suas razões de existência.²

A abstenção na prestação jurisdicional inevitavelmente infringe a dignidade da pessoa humana, pois, ressalvadas as hipóteses previstas em lei (a autotutela,

² BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito Probatório, preclusão & efetividade processual**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 19.

quando autorizada, e a arbitragem), inexistem outros mecanismos de defesa dos direitos. Com efeito, desde que o Estado monopolizou a prestação jurisdicional, impedindo a justiça privada, responsabilizou-se pelo cumprimento da tutela jurisdicional.³ Dessa forma, se o Estado possui a “função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas”.⁴ O entendimento de José Augusto Delgado é nesse mesmo sentido:

O processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição. É instrumento que o Estado está obrigado a usar e representa uma prestação de garantia, através da qual o fundamento da norma se preserva e são protegidos os direitos essenciais do cidadão. É o único meio de se fazer com que os valores incorporados pela Constituição, em seu contexto, sejam cumpridos, atingindo o fim precípua a que se propõem – o estabelecimento da paz social.⁵

Por outro lado, importante ressaltar que não basta se realize a prestação jurisdicional; impende ainda que esta seja adequada e efetiva.⁶ Tanto a não prestação quanto a prestação inadequada ou insuficiente da função jurisdicional ocasionam efeitos práticos maléficis, pois ambas afetam o sucesso da consecução do fim do Estado de preservar o bem-estar e pacificação social e a dignidade das pessoas. Isso significa que a prestação insuficiente da tutela jurisdicional equivale à própria não prestação.

Tanto é que, modernamente, o direito de acesso à justiça não é mais compreendido como direito apenas de provocar o Poder Judiciário e obter uma sentença de mérito - quando presentes as condições da ação e os pressupostos

³ DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 31; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito Constitucional à Jurisdição**. In: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 33.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. Editora: Malheiros, 2005, p. 39.

⁵ DELGADO, José Augusto. **A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão**. In: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67. Na mesma linha de entendimento: MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 466-467: “O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É a *via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário* e, além disso, é o *conduto para a participação popular* no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais”. (palavras destacadas no original).

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 59 e 65.

processuais -, pois tal idéia fica muito aquém da preocupação atual com a efetividade do processo e da prestação jurisdicional.⁷

Mas, se por um lado a não prestação é facilmente identificada (a mera ausência da atividade a denuncia), a prestação jurisdicional inadequada é um pouco mais sutil, exigindo para sua caracterização, à luz dos ditames constitucionais brasileiros, a percepção da ausência de qualquer um dos aspectos indispensáveis a uma boa jurisdição, apta a amparar os anseios da sociedade brasileira, quais sejam: celeridade, eficiência, efetividade, justiça e respeito aos princípios processuais constitucionais.

2.2 A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA

Se a jurisdição é dever do Estado para concretizar a dignidade da pessoa humana, resta saber o que é, afinal, uma prestação jurisdicional 'adequada'.

De início, imprescindível a menção à cláusula do devido processo legal, a qual, compreendida como sustentação de todos os demais princípios processuais constitucionais,⁸ é requisito para a efetivação de uma tutela jurisdicional adequada, visto que:

não se limita ao simples cumprimento do procedimento judicial, formalisticamente concebido como uma seqüência ordenada de atos, mas abrange também (...) assegurar ao cidadão o direito de defender seus bens e interesses mediante regras certas e previamente

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 31-32: "direito de ação foi compreendido, inicialmente, como o direito à obtenção de uma sentença. Só mais tarde é que se percebeu que não bastava conferir ao jurisdicionado apenas o direito a uma sentença, sendo necessário outorgar-lhe uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva. (...) a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da 'efetividade do processo', que traz em si a superação da ilusão de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material"; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria** ..., p. 112.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21, p. 60.

estabelecidas, que contemplem em seu bojo as demais garantias constitucionais que lhe são asseguradas.⁹

De fato, “sem o procedimento adequado e o processo legal devido, a jurisdição não será eficiente para tornar efetivo o direito assegurado constitucionalmente”.¹⁰

O devido processo legal engloba tanto a “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça” – o que pressupõe um processo eficiente, célere e justo - quanto o direito a “defender-se do modo mais amplo possível” -¹¹ do que decorrem as garantias da ampla defesa e do contraditório. Ademais, assenta-se tanto na **efetividade processual** quanto na **segurança jurídica**, prezando, portanto, pela conciliação de “mecanismos de plena defesa” com outros de “modernização e agilização da prestação jurisdicional”.¹²

Inegavelmente, uma prestação adequada pressupõe efetividade. Como defende Cármen Lúcia Antunes Rocha, “**é insuficiente que o Estado positive a jurisdição como direito, enunciando-o na fórmula principiológica da inafastabilidade do controle judicial, mas não viabilize as condições para que este direito seja exercido pelos seus titulares de modo eficiente e eficaz**” (grifo nosso).¹³

Buscar a efetividade no processo significa promover a otimização do sistema, exigência constante do mundo atual para que se concretize a adequada prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a dignidade humana. O verdadeiro acesso à Justiça e a prestação jurisdicional adequada pressupõem um processo efetivo, pois, do contrário, transformam-se em meras garantias formais.¹⁴

Em síntese, podemos dizer que a efetividade da cláusula do devido processo legal depende da combinação de três aspectos: a) ordem para que somente sejam praticados os atos indispensáveis para o saneamento da lide e concretização do direito, afastando-se os atos que em nada contribuam para o

⁹ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 48; FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 257: “insta advertir que o devido processo não é o devido procedimento, pela distinção notória entre essas duas categorias”.

¹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 40.

¹¹ Ambas as citações são de: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios** ..., p. 70

¹² Ambas as expressões são utilizadas por Büttенbender em: BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 21.

¹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 34. No mesmo sentido: DORIA, Rogéria Dotti. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁴ FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 258; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 32.

deslinde da relação processual ou que sejam meramente procrastinatórios (princípio da economia processual); b) celeridade e zelo para que os atos processuais indispensáveis sejam realizados no menor prazo possível; c) plena concretização do direito ou projeção da solução da lide ao mundo dos fatos, ou seja, mecanismos eficientes para implementar, no mundo real, as definições feitas ao fim do processo.¹⁵

O outro aspecto do devido processo legal é a segurança jurídica, igualmente necessária à concretização de uma prestação jurisdicional virtuosa. Localizam-se aqui as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório, requisitos para que haja a distribuição adequada da justiça e, principalmente, para que se obtenha uma decisão judicial segura, firmada sobre uma cognição exauriente, com qualidade e justa, condizente com a realidade dos fatos discutidos na lide. O respeito a tais garantias é essencial para que se oportunize às partes, ao lado do juiz, a busca pela justiça na decisão.

Enfim, para uma prestação jurisdicional adequada, imprescindível o atendimento de importantes postulados do modelo processual do Estado Social de Direito: a efetividade processual e a busca pela justiça, ou seja, é necessário pacificar com justiça e celeridade. Porém, tais valores são, a princípio, contraditórios entre si, visto que, enquanto um requer o mínimo dispêndio possível de tempo, o outro, impreterivelmente, demanda tempo.

Daí porque Fernando da Fonseca Gajardoni defende que o grande desafio do processo civil contemporâneo é justamente a conciliação dos valores tempo e justiça, pois, tão importante quanto compor o litígio no menor tempo possível, é respeitar-se as garantias pertinentes ao devido processo legal, sem as quais não pode haver decisão segura e, em última análise, justa.¹⁶ Neste sentido, pondera Dinamarco:

O 'equilíbrio de exigências conflitantes', que compete à técnica processual, consiste na coordenação dos diversos escopos do processo. Fala-se em exigências de 'justiça e celeridade', ou de 'celeridade e ponderação', mas sempre o que se tem é isso: **a necessidade de dotar o processo de meios tais que ele chegue o mais rapidamente possível a proporcionar a pacificação social no caso concreto (é o seu escopo social magno), sem prejuízo da qualidade da decisão.** A boa qualidade da decisão constitui,

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 67: "Quando se fala em tutela 'efetiva', deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional realizar concretamente os direitos, e não apenas declará-los".

¹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 41.

por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, penhor de justiça das decisões (grifo nosso).¹⁷

2.3 A RELEVÂNCIA DO “TEMPO” PARA O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Se, por um lado, “o tempo constitui elemento imprescindível em todo o processo”,¹⁸ a demora deste é um dos maiores problemas do sistema processual brasileiro e produz efeitos sociais extremamente negativos, pois descaracteriza a própria função de pacificação social do Poder Judiciário, agrava a situação conflitiva, provoca frustração e descrédito nos jurisdicionados¹⁹ e ameaça a efetividade da tutela jurisdicional.²⁰

É indubitoso que o tempo exerce grande influência sobre todo o Direito, e, principalmente, no âmbito do processo.²¹ Com efeito, “a duração do processo civil deve ser encarada como uma questão cientificamente tão importante quanto a da busca da segurança jurídica”,²² seja porque a demora na prestação jurisdicional causa descrédito nos jurisdicionados, seja porque o Estado tem o dever de assegurar uma tutela jurisdicional adequada e, portanto, célere, seja, por fim, porque a celeridade é pressuposto de um processo efetivo, apto, portanto, a proporcionar justiça no caso concreto.²³ Por tudo isso, impende que o “**procedimento, em sua**

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 455. No mesmo sentido: DORIA, Rogéria Dotti. *Op. cit.*, p. 21: “(...) surge o problema da compatibilização entre dois anseios diversos e igualmente importantes: de um lado, o anseio por uma Justiça ágil, rápida e eficaz; de outro, a busca de um processo que respeite as garantias constitucionais e proporcione a prestação da tutela com base em certeza, em segurança jurídica. O conflito se coloca de uma forma muito clara. **Sempre que se pretenda oferecer um amplo contraditório, com vastas possibilidades de provas, estar-se-á realizando um processo isento de riscos, voltado a garantir a segurança jurídica. Por outro lado, tal processo, inevitavelmente, se estenderá no tempo, deixando de atender aos anseios de rapidez e efetividade dos direitos**” (grifo nosso).

¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁹ DORIA, Rogéria Dotti. *Op. cit.*, p. 20-21 e 142; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 37.

²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p. 16; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria ...**, p. 28.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 59.

²² DORIA, Rogéria Dotti. *Op. cit.*, p. 25, 29 e 141.

²³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p. 204. Nas palavras de Marinoni: “É necessário que ao tempo do processo seja conferido seu devido valor, uma vez que, no escopo básico de tutela dos direitos, o processo terá maior capacidade para atender aos anseios do cidadão quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 66).

estrutura técnica, contenha mecanismos que viabilizem distribuição racional do tempo do processo” (grifo nosso).²⁴

A celeridade processual situa-se dentro da noção de efetividade. Não que esta se resuma àquela.²⁵ Porém, um processo efetivo deve necessariamente prezar pela solução do litígio dentro de um prazo razoável, já que o tempo reflete na eficácia da prestação jurisdicional. A efetividade pressupõe a otimização do sistema e mecanismos eficientes para implementar, no mundo real, as definições feitas ao fim do processo, objetivos estes que não toleram um sistema moroso. “Justiça ideal é a Justiça de boa qualidade, econômica e **célere**” (grifo nosso).²⁶

Ademais, a Constituição Federal prevê expressamente o direito à tutela dentro de um prazo razoável (CF, artigo 5º, LXXVIII).²⁷ Mesmo antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que acrescentou o inciso *retro* citado, já era possível se depreender este direito a partir de outros princípios constitucionais. O princípio da inafastabilidade e o conceito de acesso à justiça, por exemplo, pressupõem a garantia de um direito à tutela adequada – e, portanto, ágil, tempestiva e eficaz.²⁸

Some-se a isto o dever que o Código de Processo Civil impõe ao juiz de “velar pela rápida solução do litígio” (CPC, artigo 125, inciso II), esclarecendo que a celeridade deve ser buscada não apenas na esfera legislativa, mas, também, na judiciária.

Enfim, “o direito processual deve garantir uma prestação jurisdicional célere e efetiva, a fim de assegurar ao cidadão a plenitude da sua cidadania, a qual depende de que o Estado cumpra integralmente as funções que lhe foram atribuídas

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 67.

²⁵ Luiz Fux expõe as diversas facetas do princípio da efetividade (FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 246-247); LOPES, João Batista. **Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil**. In: Estudos de Direito Processual Civil. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Vários autores. “Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão”, p. 135-136.

²⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania**. In: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 88.

²⁷ Artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

²⁸ Escritos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004: DORIA. Rogéria Dotti. *Op. cit.*, p. 29; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p. 54-55 e 204 (aduz o autor que, pelo menos desde 06-11-1992, não pode haver dúvida quanto à incorporação da garantia da tempestividade em nosso ordenamento, pois, na data citada, o Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana dos Direitos Humanos -, que inclui entre as garantias judiciais a de um julgamento em prazo razoável, foi integrado à ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 678).

pelo conjunto social”.²⁹ Porém, infelizmente, não foi fixado até o momento o que seria um prazo razoável para a duração do processo,³⁰ pelo que o princípio da celeridade, bem como a garantia a uma razoável duração do processo, permanecem como disposições ainda muito abstratas, que não prescindem de valorações objetivas para o seu delineamento.

Pondere-se apenas que a busca pela celeridade processual, embora muito importante, não pode levar ao desprezo dos princípios da plenitude de defesa e do contraditório, conforme ressalva Joaquim Molitor:

É oportuno ponderar que, conquanto louvável, sob todos os aspectos, o anseio reformista no sentido de imprimir mais efetividade ao processo, mediante a criação de normas direcionadas a propiciar maior celeridade na entrega, ou na garantia, da tutela, tais avanços devem se harmonizar com o devido processo legal, de modo a não ocorrer violações ao princípio constitucional da plenitude de defesa. (...) As almejadas reformas da legislação processual, para propiciar maior efetividade ao processo, devem se compatibilizar com o devido processo legal, de modo a não desprezar o princípio constitucional da ampla defesa.³¹

2.4 OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Paralelamente à celeridade, também a ampla defesa e o contraditório devem ser assegurados, pois são reflexos da cláusula do devido processo legal³² e estão expressos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o que torna inconstitucional qualquer medida que os despreze.³³

Os princípios da ampla defesa e do contraditório são, segundo Ada Grinover:

²⁹ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 23.

³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p. 57: “até o momento não foi fixado (...) um prazo razoável para a duração do processo, um lapso temporal que possa ser considerado ideal para que o procedimento transite, do começo ao fim, sem dilações indevidas”. E menciona (p. 58): “Seja como for, parece-nos que fixar o lapso temporal aceitável do processo civil brasileiro, ou de qualquer outro país, exige, antes de tudo, a consciência de que cada demanda tem o seu tempo. Exatamente por isso que, nessa análise, fatores internos e externos a cada processo devem ser apreciados”.

³¹ MOLITOR, Joaquim. **Plenitude de defesa**. In: Temas de processo civil: estudos em homenagem ao Professor Jorge Luiz de Almeida / coordenador Kiyoshi Harada. – São Paulo: J. de Oliveira, 2000. p. 160 e 161.

³² DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p.77; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 70.

³³ Constituição Federal, artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Vide: FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 254.

Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.³⁴

A ampla defesa condiz com a garantia do litigante de expor em Juízo todos os fatos e argumentos que lhe sejam favoráveis. Já o contraditório, refere-se ao direito da parte de ser cientificada dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário, bem como de reagir ao que foi decidido ou manifestado (por meio do recurso cabível ou de contraprova aos argumentos e provas apresentados pela parte contrária).

Deriva de tais princípios o direito das partes de produzir no processo as provas necessárias para demonstrar a veracidade de suas alegações e convencer o Juízo³⁵, conforme explicita Mariulza Franco:

A prova, vista como direito das partes, deriva diretamente do princípio da ação e da ampla defesa: se ao cidadão é garantido o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), há que lhe permitir a produção de provas, suficientes e adequadas à comprovação do que alega, o que também lhe está garantido na Constituição Federal (art. 5º, LV). A garantia à prova é deduzida diretamente da expressão posta no final do dispositivo (com os meios e recursos a ela inerentes) e integra outra, a do contraditório e ampla defesa. Enfim o direito à prova origina-se, também, do devido processo legal, que engloba o contraditório e a ampla defesa, e garante a efetiva obediência às normas de procedimento, inclusive as de procedimento da prova. Isso significa não somente direito à prova adequada ao *fato probandum*, como, também, direito a provar por todos os meios possíveis, caso contrário haverá o que se denomina cerceamento de defesa.³⁶

A ampla defesa estabelece, portanto, que se oportunize a quem é parte em processo judicial ou administrativo todos os meios pertinentes e necessários para o exercício de seu direito à prova e à plenitude de defesa. Conforme assevera Joaquim Molitor, constitui “cerceamento de defesa, com violação da garantia constitucional, quaisquer restrições aos meios de prova, ou decisões não antecedidas de contraditório”.³⁷

³⁴ GRINOVER, Ada. O processo constitucional em marcha – Contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Max Limonad, 1985, p. 7, citado por José Augusto Delgado (DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p.77.

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios** ..., p. 172.

³⁶ FRANCO, Mariulza. **Máximas de experiência. Legitimação pela Fundamentação**. In: Estudos de Direito Processual Civil. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Vários autores. “Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão”, p. 394. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 71.

³⁷ MOLITOR, Joaquim. *Op. cit.*, p. 157-158.

Conseqüentemente, **a plenitude de defesa também se relaciona fortemente com o princípio da justiça da decisão**. Isso porque a ampla defesa pressupõe, conforme já mencionado, o direito à prova e, via de regra, **“(...) a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios”** (grifo nosso).³⁸

Por outro lado, impende observar que tais garantias, embora fundamentais ao cumprimento do devido processo legal,³⁹ não são absolutas. Em determinadas situações, cedem espaço a outros valores igualmente relevantes, já que “a plenitude de defesa, não deve dar lugar a expedientes revestidos de caráter procrastinatório, que afetem o princípio da celeridade ou brevidade, cuja inobservância constitui óbice à efetividade do processo”.⁴⁰ O julgamento antecipado da lide, o indeferimento de provas desnecessárias,⁴¹ a postergação do contraditório em provimento de urgência e a revelia,⁴² por exemplo, não ofendem a tais princípios.

Por tudo o que foi até aqui exposto, tem-se que cabe ao Estado disponibilizar aos cidadãos uma tutela jurisdicional adequada, e, por conseqüência, um processo que atenda aos anseios do cidadão de forma rápida, eficiente e justa, sem o menosprezo de qualquer postulado constitucional, pois esta é uma das formas de garantir a dignidade da pessoa humana. E, mais do que um dever, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana são o fundamento de existência do Estado.

Os postulados suscitados neste capítulo são pressupostos de uma jurisdição que tem na justiça o seu fim supremo, bem como de um processo que seja “meio efetivo para a realização da justiça” e verdadeiro “instrumento a serviço da paz social”,⁴³ razão porque irão pautar o presente estudo e porque se fazia necessária sua menção no início do trabalho.

³⁸ BOMFIM, Edson Rocha. **Recurso especial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. – citando a conclusão a que chegou José Carlos Barbosa Moreira durante a XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual); FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 247.

³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A ‘Plenitude de Defesa’ no Processo Civil**. In: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 150.

⁴⁰ MOLITOR, Joaquim. *Op. cit.*, p. 158.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios** ..., p. 172.

⁴² FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 255.

⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria** ..., p. 39 e 43.

3 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO PROBATÓRIO

3.1 A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Em qualquer processo judicial que envolva matéria fática controvertida e em que não incidam os efeitos da revelia – em especial a presunção de veracidade dos fatos suscitados pelo autor -, é inegável a importância da prova para verificação e comprovação dos fatos alegados pelos litigantes.

Às partes, não basta aduzirem os fatos e os fundamentos de seu pedido ou de sua defesa; devem comprová-los por meio de provas que ratifiquem suas afirmações. Assim, possuem não só o direito à prova, como o ônus de produzi-la. Ao juiz, por sua vez, cabe julgar a causa, mas não sem antes investigar a veracidade do que é relatado nos autos.⁴⁴ A prova é fundamental para o magistrado conhecer dos fatos o mais próximo quanto possível da realidade e na seqüência formar sua convicção sobre a causa, assegurando uma decisão justa.

A prova cumpre o papel fundamental de garantir que não haja arbitrariedade na decisão judicial. Mais do que isso, garante que as partes possam fiscalizar a atividade valorativa do Juiz, pois, caso este ignore o conjunto probatório colacionado aos autos ao proferir sua decisão, os litigantes terão fundamento para interpor eventual recurso cabível. Com efeito, vigora em nosso ordenamento o postulado do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz tem liberdade para valorar as provas colacionadas aos autos, mas a decisão, para ser válida, deve obrigatoriamente estar motivada no conjunto probatório.⁴⁵

⁴⁴ **Importante mencionar que não se ignora que na assistência o terceiro possui os mesmos poderes e sujeita-se aos mesmos ônus do assistido (CPC, art. 52), pelo que ele também tem direito probatório. Da mesma forma, sabe-se que o Ministério Público, quando atua como fiscal da lei (CPC, art. 83), pode produzir provas. Não obstante, optou-se no presente trabalho por não abordar tais hipóteses, a fim de delimitar-se o tema.**

⁴⁵ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 69-71; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 10: “Através da fundamentação o juiz demonstra o porquê do julgamento, a razão de ser da conclusão a que irá chegar em seguida quanto à composição do conflito de interesses. Trata-se de elementos fundamentais não somente à estrutura formal e lógica da sentença, pois através deles é que se torna possível conhecer o raciocínio desenvolvido pelo julgador, como, outrossim, de elementos fundamentais ao controle da exatidão do pensamento que o juiz desenvolveu. Para que as partes possam conformar-se com a sentença, ou dela recorrer, é essencial que sejam conhecidos os motivos em que se alicerça a conclusão. A exigência da fundamentação visa a afastar o risco do arbítrio judicial, incompatível com o estado de direito”.

Dessa forma, em sua concepção jurídico-processual, a prova deve ser compreendida como “instrumento de demonstração” e “convencimento”,⁴⁶ ou como “busca pela verdade” – compreendida esta como a maior aproximação possível da realidade – ou, ainda, como “método de cognição” para a obtenção de sentenças justas.⁴⁷

3.2 A COMPREENSÃO DA PROVA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

Antes de qualquer consideração acerca do direito à prova, é imprescindível compreendê-lo como direito constitucional e, portanto, com o *status* de direito fundamental. Isso porque ele é abstraído dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório (Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV).⁴⁸

Conforme já exposto no capítulo anterior, o devido processo legal pressupõe, dentre outras garantias processuais, o direito das partes à plena defesa, o que se materializa pela oportunidade de provarem o que afirmam, e, portanto, “o direito à prova é uma das exigências para o cumprimento do devido processo legal”.⁴⁹

Da mesma forma, também os princípios da ampla defesa e do contraditório implicam o direito à prova, pois, em sua dimensão positiva, firmam que se conceda às partes o direito de demonstrarem a veracidade de suas alegações, bem como de refutarem as alegações contrárias, por meio de provas que confirmem sua posição.

Por fim, não há como se dissociar o princípio da ação – e efetivo acesso à justiça – do direito de produzir as provas pertinentes ao que se alega. De fato, o direito dos cidadãos de provocar a atividade jurisdicional⁵⁰ não se limita apenas à

⁴⁶ Ambas as expressões utilizadas em: BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. – (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3), p. 193.

⁴⁸ Eduardo Cambi chega a dizer que o direito à prova é deduzido do texto constitucional não só de forma implícita, mas também explicitamente do art. 5º, § 2º. Segundo o autor, tal dispositivo incorpora no ordenamento jurídico brasileiro tratados internacionais que prevêm o direito subjetivo à prova (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 18; CAMBI, Eduardo. **Direito ...**, p. 162-163).

⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.*, p.150.

⁵⁰ CF, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

mera possibilidade de se dirigir aos órgãos da jurisdição. Implica, também, a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal (dentre as quais o **direito à prova**), a participação na formação do convencimento do juiz (contraditório e ampla defesa), uma adequada e tempestiva resposta jurisdicional, além da **oportunidade de se demonstrar os fatos que desencadearam o direito material pleiteado**.⁵¹

Sob outro aspecto, o direito à prova é um “instrumento processual fundamental *ao acesso à ordem jurídica justa e à legitimidade da tutela jurisdicional*” (destacado no original).⁵² Isso porque uma ordem jurídica justa pressupõe o cumprimento pelo Estado de diversos direitos fundamentais de natureza processual, dentre os quais o direito à prova.⁵³ Além disso, a prova é o instrumento que deve auxiliar na formação da convicção motivada do juiz, pois visa, diretamente, o esclarecimento dos fatos,⁵⁴ e, como conseqüência, pretende garantir aos cidadãos uma decisão justa, que reflita a realidade.⁵⁵

Assim, a prova é, concomitantemente, direito das partes, instrumento de investigação dos fatos discutidos na lide – é, neste aspecto, instrumento de colaboração entre partes e juiz na busca da “verdade”⁵⁶ – e, por fim, base para a convicção do juiz no momento de proferir sua decisão, tal qual se subtrai da seguinte passagem:

(...) tentar buscar simultaneamente a satisfação dos interesses particulares e públicos: por um lado, a realização dos **interesses particulares das partes litigantes, dando-as todas as oportunidades de demonstrar, ao juiz, que têm razão**; e, por outro lado, o **aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, pela concretização de instrumentos processuais** capazes de contribuir de modo mais eficaz com o escopo de **pacificação dos conflitos com justiça e permitindo maiores graus de legitimação do exercício da função jurisdicional** (grifo nosso).⁵⁷

⁵¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 19 e 104.

⁵² CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 18.

⁵³ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 45.

⁵⁴ Há autores, tal como Carlos Francisco Büttenbender, que defendem que a prova visa não exatamente o esclarecimento dos fatos, mas a confirmação dos argumentos suscitados pela parte que a propõe. Naturalmente que a parte, via de regra, não irá propor uma prova que lhe seja desfavorável, e, portanto, a intenção da parte, ao propor uma prova, muito mais do que esclarecer os fatos, é fortalecer seu posicionamento para convencer o Magistrado a lhe conceder a vitória da causa. Não obstante, pactuo do entendimento de que a prova não serve apenas aos interesses particulares das partes, mas também ao interesse público do Juízo, que, por meio das provas constantes nos autos, pretende se aproximar ao máximo dos fatos reais, na tentativa de atender o princípio da verdade material, em busca da justiça na decisão. Neste sentido: CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 17: “A prova tem a função de proporcionar o conhecimento dos fatos alegados”.

⁵⁵ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 70.

⁵⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 36.

⁵⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 43.

“O direito à prova é uma conquista do Estado Democrático de Direito”,⁵⁸ pois possibilita aos cidadãos atuarem ativamente perante os órgãos estatais incumbidos da Jurisdição, quando a decisão a ser proferida lhes diga respeito.

Por tudo isso, o direito à prova não pode ser relegado como assunto de menor importância, pois materializa princípios constitucionais relevantes, constituindo, ele próprio, um direito público subjetivo com fundamento constitucional, e cuja finalidade primordial é “tornar mais efetiva a realização dos direitos materiais”.⁵⁹ Não por outro motivo, é vedado ao legislador suprimir ou criar empecilho ou limitações injustificáveis ao seu exercício (CF, art. 60, §4º, inciso IV).⁶⁰

Naturalmente que isto não o torna um direito absoluto.⁶¹ Neste sentido, é poder-dever do juiz exercer um controle sobre a atividade probatória das partes - a partir da análise da relevância, pertinência, necessidade, utilidade, admissibilidade, razoabilidade, proporcionalidade e efetividade das provas pleiteadas - bem como é responsabilidade das partes observarem os requisitos temporais e formais para a dedução da prova. Além disso, é possível sua restrição quando há necessidade de tutelar mais fortemente outro valor jurídico de igual ou maior relevância.⁶²

3.3 LIMITAÇÕES DO DIREITO À PROVA

Como qualquer outro direito fundamental, o direito à prova não é absoluto, e, portanto, a possibilidade de “reconstruir” os fatos passados não pode ser incondicional ou ilimitada material, formal ou temporalmente, constituindo, portanto, um direito público subjetivo não absoluto. A própria legislação prevê restrições ou limites à instrução probatória. Paralelamente, deve o juiz, com cautela, zelar pela

⁵⁸ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 44-46.

⁵⁹ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 70; CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 453.

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 35 e 451. Ensina o autor que o legislador ordinário não pode criar empecilhos injustificáveis ao exercício do direito à prova nem pode impor um rol taxativo de meios de prova admissíveis.

⁶¹ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 170: “Isso não significa que o direito à prova deva ser concebido como um direito absoluto ou incondicionado, mas que as regras que venham a limitar o exercício desse direito sejam razoáveis”.

⁶² CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 46; CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 32 e 36.

efetividade processual, impedindo abusos injustificáveis das partes neste tocante e velando pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, II).

O primeiro aspecto a ser observado é que o Juiz deve restringir a investigação dos fatos ao concernente no pedido inicial. Além de ser indesejável a demonstração de eventos que não influenciem na solução da lide – produzir provas dispensáveis apenas retarda o feito inutilmente, ofendendo os princípios da celeridade e da economia processual -, a sentença *ultra petita*, que julga além do pedido, e mesmo a *extra petita*, cujo julgamento se dá em desacordo com o pleiteado, incorrem em nulidade, conforme se depreende dos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil,⁶³ que veiculam o princípio da demanda.⁶⁴

Em atenção ao princípio da economia processual, também as provas inúteis ou meramente protelatórias devem ser dispensadas, tal como determina o artigo 130 do Código de Processo Civil.⁶⁵ Neste sentido, **pondera-se que a ampla defesa não pode impor ao Juízo a obrigação de deferir toda e qualquer prova requerida, independentemente de juízo seletivo quanto à pertinência, necessidade, utilidade.**

Outro limite a que o Magistrado deve se ater é no tocante às provas legais. Apesar de ser preponderante em nosso ordenamento o princípio da persuasão racional, que recomenda não haver uma valoração *a priori* das espécies de provas,⁶⁶ ainda “há situações em que a lei valora preventivamente (provas legais), retirando do juiz a avaliação *a posteriori* e limitando sua tarefa ao ofício de verificar se a prova foi formalmente prestada”.⁶⁷ Havendo a previsão de que uma determinada prova é necessária para confirmar o direito pleiteado, não há discricionariedade das partes ou do Juízo quanto à espécie de prova a ser produzida, pois a produção de outra prova não exime a apresentação da prova legal, que possui a credibilidade exclusiva

⁶³ CPC, art. 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”; art. 460, caput: “É defeso ao juiz 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”

⁶⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, v. 1: parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 428; BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 92; CAMBI, Eduardo. **A prova civil ...**, p. 297; CAMBI, Eduardo. **Direito ...**, p. 53.

⁶⁵ CPC, art. 130: “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”.

⁶⁶ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p.84-85.

⁶⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito ...**, p. 55.

de certificar o direito material em disputa.⁶⁸

Outra restrição ao direito probatório é a proibição de meios de prova ilegais ou ilegítimos (CF, art. 5º, LVI)⁶⁹, pois, para que a prova seja aceita, o meio deve ser permitido pelo ordenamento e moralmente lícito.⁷⁰ Conforme já mencionado, o Juiz tem o poder-dever de exercer o controle sobre a atividade probatória das partes. Se, por um lado, este controle não pode ser arbitrário, por outro, o juiz deve verificar se a prova é legal e legítima. Para uma prova ser admissível, portanto, há que se idônea.

A prova não só é direito fundamental das partes, como ainda é requisito para que se tenha uma prestação jurisdicional adequada, já que ligada aos princípios que preenchem a cláusula do devido processo legal. Portanto, deve ser priorizado,⁷¹ sendo inadmissíveis, em princípio, apenas as provas impertinentes à lide, as obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI), ou as que devam ceder diante de outro valor previsto na Constituição Federal, após juízo crítico de ponderação.

3.4 OBJETO DA PROVA

Constituem objeto da prova, em regra, apenas os fatos. O direito é objeto de prova, excepcionalmente, quando a parte suscitar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme dispõe o artigo 337 do CPC,⁷² pois estes o juiz não é obrigado a conhecer.⁷³ De qualquer forma, ainda que questões de direito possam vir a ser objeto de prova, não é possível equipará-las a questões de fato, pois, como pontua Eduardo Cambi, se o juiz tiver conhecimento daquelas, deve

⁶⁸ Exemplo disso é quando a lei exige o uso de instrumento público para certificar determinado direito.

⁶⁹ CF, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁷⁰ ALVIM, Arruda. **Manual ...**, v. 2, p. 407; CAMBI, Eduardo. **A prova civil ...**, p. 33.

⁷¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil ...**, p. 38-40; CAMBI, Eduardo. **Direito ...**, p. 173.

⁷² CPC, art. 337: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

⁷³ Neste tocante, Luiz Fux ainda faz uma ressalva quanto ao direito singular, cujo teor e vigência o juiz também poderia exigir a prova, considerando que, em face da multiplicidade de fontes formais do direito em nosso sistema jurídico, não seria razoável exigir que o Juiz tivesse conhecimento de todas as portarias, circulares e resoluções existentes (FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 695).

aplicá-las, sendo que, quanto a estas, ao contrário, o juiz não pode conhecê-las senão através de alegações das partes e de provas colacionadas nos autos.⁷⁴

Há autores que defendem que o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações sobre os fatos.⁷⁵ De qualquer forma, o importante neste tópico é ressaltar que, em geral, a prova visa demonstrar fatos – ou afirmações de fatos, se assim se preferir – e não o direito – ou invocações ao direito e à lei. Ademais, fatos não alegados naturalmente não devem ser provados, pois fogem ao conteúdo da lide.

Segundo os brocardos *narra mihi factum, dabo tibi jus* (“dá-me os fatos e te darei o direito”) e *iura novit curia*,⁷⁶ o juiz deve conhecer o direito vigente – excepcionando-se esta obrigatoriedade apenas nas hipóteses do artigo 337 do Código de Processo Civil. Tanto é verdade que o juiz deve conhecer a lei, que as partes não são obrigadas a indicar os dispositivos legais que disciplinam a matéria, bastando que apresentem os fatos e a pertinência jurídica de seu pedido ou defesa. Presume-se que o direito seja de conhecimento das partes e do julgador, pelo que, em regra, é dispensável sua prova nos autos.⁷⁷

Porém, nem todos os fatos devem ser provados. Somente são objeto de prova os fatos compreendidos como pertinentes (relacionados à causa e alegados pelas partes), relevantes (com potencial de influenciar a decisão), controversos (no processo civil, fatos incontroversos que sejam referentes a direitos disponíveis não são objeto de prova, pois consubstanciam renúncia do próprio direito ou reconhecimento do direito da parte contrária),⁷⁸ que não sejam reconhecidos e notórios,⁷⁹ (pois violaria o princípio da economia processual ignorar o que todo mundo sabe), e, por fim, sobre os quais não recaia qualquer “presunção legal de existência ou veracidade”, conforme dispõe o artigo 334 do Código de Processo

⁷⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 455-456.

⁷⁵ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 267.

⁷⁶ FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 693; CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 271-272; ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tradução (para o espanhol): Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. II, p. 212.

⁷⁷ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 89; CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 49. Marinoni e Arenhart defendem que o direito não se prova, invoca-se (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 268).

⁷⁸ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 104.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 282: “fato que é conhecido e notório no momento e no lugar em que a decisão é proferida”.

Civil.⁸⁰

Frise-se que as provas de fatos incontroversos (quando se tratar de direito disponível) ou de fatos não alegados nos autos são impertinentes à lide e, portanto, conforme pondera Carlos Francisco Büttenbender, não devem ser admitidas,⁸¹ pois os pontos não controvertidos sequer constituem objeto da prova (CPC, art. 334, III). Quando se tratar de direitos indisponíveis, porém, ainda que os fatos estejam incontroversos, há necessidade da prova.⁸² Ademais, não há que se provar fatos estranhos ao objeto do processo, igualmente impertinentes ao objeto da lide.

Noutro aspecto, há que se observar a relevância da prova, aspecto que não se refere a critérios jurídicos, mas lógico-processuais. Provas relevantes são provas de fatos principais (que se destinam “a demonstrar diretamente com quem está a razão”)⁸³ e potencialmente capazes de influenciar no juízo da causa.⁸⁴ Excluem-se do objeto da prova os fatos não aptos a contribuírem efetivamente com a aplicação do direito e as provas inúteis para elucidar o caso concreto.⁸⁵

Enfim, via de regra, apenas fatos e, mais do que isto, apenas determinados fatos são objeto da prova.

3.5 FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

A realização da prova é dividida em diversas fases: a propositura, a

⁸⁰ CPC, art. 334: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Exemplo de presunção legal é a presunção de veracidade das alegações do autor quando incidem os efeitos da revelia. Neste caso, desde que os fatos alegados sejam verossímeis – e, portanto, não impossíveis – aceitam-se como verídicos os fundamentos do pedido inicial. (ALVIM, Arruda. **Manual** ..., v. 2, p. 410). Sobre o tema, vide MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 291 (os autores enfatizam que as presunções relativas (iuris tantum), situam-se no campo da prova, visto que admitem prova em contrário), e ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 217.

⁸¹ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 102-103.

⁸² FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 694.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 267-268.

⁸⁴ Neste sentido, Eduardo Cambi diz que um fato tem relevância jurídica quando “corresponde ao fato abstratamente previsto pela norma a ser aplicada ao caso levado a julgamento, uma vez que esse fato se coloca como uma condição para a verificação das conseqüências jurídicas previstas pela norma correspondente.”; “o juízo de relevância implica um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente as provas que possam contribuir à demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes”. (CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 300 e 262).

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 390; CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 50.

admissão, a produção e a valoração da prova. Em geral, tais momentos ocorrem separadamente, mas há exceções, podendo ocorrer fases diferentes em uma mesma ocasião⁸⁶ (como se dá com a prova documental, em que sua propositura e apresentação nos autos ocorrem concomitantemente).⁸⁷

A primeira fase é a propositura da prova, oportunidade em que as partes sugerem ao Juízo os meios de prova de que pretendem dispor – ou em que o próprio juiz, de ofício, fixa uma prova que entende necessária. O Código de Processo Civil prevê, no tocante ao procedimento comum ordinário, que a iniciativa das partes ocorra na petição inicial (artigo 282, VI) e na contestação (artigo 300), ou, na hipótese de não incidir os efeitos da revelia diante da ausência de contestação, que o autor a faça após a citação (artigo 324). Na prática, é comum que a proposição de provas feita na inicial e na contestação seja apenas genérica (é de praxe a frase: “*requer-se a produção de todas as provas em direito admitidas*”), sendo as provas propostas especificamente apenas na audiência preliminar, quando frustrada a conciliação (artigo 331, §2º), ou, caso não se realize a audiência preliminar (conforme permite o artigo 331, §3º), que as provas venham indicadas antes do saneamento propriamente dito.⁸⁸ Há a possibilidade, ainda, que a proposição da prova ocorra “fora e antes do processo ser instaurado, por via de ação cautelar própria (cautelar de assecuração de prova e cautelar de exibição, previstas nos artigos 846/851 e 844/845 do CPC)”. E, como última hipótese, cite-se a possibilidade de a prova ser proposta após o momento “ordinariamente conferido para tanto, quando for necessário comprovar ‘fato novo’”.⁸⁹

Segue-se a fase da apreciação pelo magistrado quanto à utilidade, pertinência, relevância, utilidade e constitucionalidade/legalidade da prova proposta, enfim, quanto ao cabimento e conveniência da prova requerida. Frise-se que este pré-julgamento da prova somente pode ocorrer após a solicitação específica, sendo indispensável que as razões do indeferimento sejam exibidas pelo Magistrado (art. 93, inciso IX, CF), posto que o deferimento se dá pelos próprios fundamentos do pedido da parte.

Superada esta fase e sendo admitida a prova, ocorre a sua produção

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 294.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 360.

⁸⁸ Apesar da possibilidade de produção de provas em instância superior, não abordaremos não possibilidade, a fim de restringir o objeto do presente estudo.

⁸⁹ Ambas as citações: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 294.

propriamente dita. O artigo 336 do Código de Processo Civil prevê, como regra, que a produção ocorra na audiência de instrução e julgamento.

Transcorridas as fases de admissibilidade e produção de provas, o Juiz procederá à avaliação do conjunto probatório, que normalmente ocorre na sentença ou na decisão concessiva de tutela antecipatória.⁹⁰ Como o direito pátrio adota, como sistema de avaliação de prova, a persuasão racional do juiz ou livre convencimento motivado (artigo 131 do CPC), a lei concede liberdade ao juiz na valoração dos elementos de convicção – pois a regra é que as provas não tenham um valor predeterminado pela legislação - e, ao mesmo tempo, força-o a formar seu convencimento à luz das provas produzidas.⁹¹

3.6 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O juiz é o destinatário do conjunto probatório – aliás, é isto que faz a prova ser um assunto não só de direito material, mas também de direito processual⁹² - pois a prova visa convencê-lo do que é “verdade” ou não no processo. Apesar de o juiz não possuir o direito à prova, ele possui o poder-dever de dirigir o processo (CPC, art. 125) e, conseqüentemente, de participar ativamente da instrução probatória, não

⁹⁰ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 75-76; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 294-296 (sobre todo o procedimento probatório).

⁹¹ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 78-89; FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 703-704 (sobre os três sistemas de avaliação da prova); ALVIM, Arruda. **Manual** ..., v. 2, p. 404.

Com efeito, o sistema da livre convencimento motivado é a tendência dominante atualmente, pois racionaliza a avaliação da prova, já que permite que a prova adquira o valor proporcional a sua importância em cada processo, e, ao mesmo tempo, impede a discricionariedade absoluta do Juiz, que poderia levar à arbitrariedade. Em tal sistema, admite-se, via de regra, todos os meios legais e legítimos de prova, contrabalançando a liberdade de apreciação e de valoração das provas pelo Juízo com a obrigatoriedade da motivação do convencimento – o magistrado deve expor em sua decisão os fatos, provas e fundamentos jurídicos que a embasaram, ou seja, o convencimento judicial vincula-se ao conjunto probatório presente nos autos.

Existem outros sistemas de avaliação de prova: o de prova legal e o do livre convencimento. No primeiro, cada espécie de prova possuía um valor preestabelecido e inalterável para todas as causas – as provas eram “tarifadas” pela lei, e o juiz devia obediência aos valores predeterminados. Em geral, este sistema não mais é aceito. Porém, ainda há alguns resquícios em nosso ordenamento (como, por exemplo, nos artigos 400 a 405, do Código de Processo Civil, que impõem algumas restrições à prova testemunhal). A “verdade” abstraída do conjunto probatório era independente da convicção judicial, mas decorria do valor legal atribuído a cada prova. Já o sistema do livre convencimento, fornece ao juiz a plena e irrestrita liberdade de valorar a prova produzida e assim formar seu convencimento. Neste caso, o juiz não se subordina a quaisquer regras legais de valoração da prova, mas tão-somente a sua íntima convicção.

⁹² ALVIM, Arruda. **Manual** ..., v. 2, p. 404; CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 81 e 194; FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 692.

apenas exercendo o controle sobre a atividade das partes e valorando adequadamente o conjunto probatório, mas, também, determinando de ofício a produção das provas que entende necessárias à instrução da causa.⁹³ Ensina Eduardo Cambi:

O juiz não tem direito à prova, o que não significa que não possa participar ativamente da atividade probatória, uma vez que o ordenamento processual lhe confere *poderes* probatórios. Sendo conveniente a produção da prova, o magistrado pode dar início à atividade probatória, sem a necessidade de uma proposição anterior. Isso porque o juiz é o *destinatário da prova*, sendo-lhe legalmente permitido buscar elementos cognitivos que tenham a função de auxiliar a formação de sua convicção (art. 130-1, CPC).⁹⁴

Conforme será exposto no próximo tópico, há que se tentar sempre a aproximação com a “verdade material”, como instrumento para a realização da justiça, o que impede o Juízo de permanecer com uma postura “passiva” ou meramente de fiscalização no que se refere à instrução processual. A busca da realização plena e satisfatória da atividade jurisdicional justifica que sejam concedidos poderes instrutórios ao juiz.

Ademais, deve-se considerar que o Juiz não pode se escusar de julgar a causa por não possuir a “certeza” sobre os fatos, pois ele possui o dever de decidir. Por esta razão, o Código de Processo Civil prevê “mecanismos decisórios de auxílio ao juiz”⁹⁵ - como a regra do ônus da prova (CPC, art. 333) -, e, paralelamente, faculta ao juiz apurar a verdade por meio de seu poder instrutório (CPC, art. 130). O juiz apenas deve ter a cautela de não ultrapassar os limites da demanda (CPC, artigos 128 e 460).⁹⁶

O que não é consensual é se a iniciativa judicial deve ocorrer complementar

⁹³ Esclarece Maninoni que o juiz deve possuir poderes processuais (dentre os quais o poder de determinar provas necessárias à elucidação dos fatos), para, assim, exercer adequadamente a jurisdição. Segundo o autor, tal situação é pertinente ao Estado Social que, diferentemente do direito liberal clássico (em cujo processo figurava um juiz inerte, que “deixava a sorte do processo unicamente às partes”), pressupõe maior “participação do Estado na vida das pessoas” e maior “participação do juiz no processo”, almejando um processo efetivamente justo (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 54-55).

⁹⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova civil ...**, p. 21.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo. **Direito ...**, p. 55-56.

⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed, rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 71; RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993, p. 43: “o Juiz moderno trabalha como um relógio automático, não necessita de provocação das partes litigantes, salvo no que tange ao chamado impulso inicial. Quer dizer, salvo no que tange à proposição da demanda, que é ato da parte”.

e subsidiariamente à das partes⁹⁷ ou se é pertinente que ocorra paralelamente.⁹⁸ Em uma tentativa de intermediar tal discussão, Cintra, Grinover e Dinamarco aduzem que o juiz pode e deve assumir a iniciativa das provas, mas tendo a possibilidade, na maioria dos casos, de satisfazer-se com a “verdade formal”.⁹⁹

No primeiro posicionamento, alega-se que a iniciativa judicial não poderia se sobrepor ao ônus probatório de cada uma das partes, sob pena de ofensa ao princípio dispositivo e ao da imparcialidade (o juiz deixaria de ser neutro e eqüidistante das partes ao interferir na fase probatória). Adotando-se esta postura tradicional, o magistrado deveria tomar iniciativa em matéria probatória apenas quando, após o exaurimento da atividade das partes, o quadro probatório não fosse suficiente para lhe propiciar condições de decidir.¹⁰⁰

Já a segunda concepção preceitua uma maior liberdade e um papel muito mais ativo do juiz em matéria probatória, cabendo-lhe agir concomitantemente às partes, com o objetivo de “buscar a verdade”.¹⁰¹ Com este entendimento, o artigo 333 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o ônus da prova, passa a constituir tão-somente uma regra de julgamento, conforme esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier:

(...) não se está diante de um ônus, propriamente dito, mas diante de uma regra de julgamento. Assim, segundo essa ótica, deve o magistrado aplicá-la a posteriori, exatamente no momento de julgar. O magistrado como que olhará para trás, para a fase em que todos terão produzido provas: autor, réu e ele mesmo. Apesar disso, não restou provado o direito do autor. Segundo o art. 333, a quem teria incumbido demonstrar esse direito? Ao autor. Então, e só então, deverá o juiz extinguir o processo, com uma sentença de mérito, dando o pedido formulado pelo autor como improcedente.¹⁰²

⁹⁷ Conforme entendem Luiz Fux e Eduardo Cambi (FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 691; CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 21).

⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993, p. 45.

⁹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria** ..., p.67.

¹⁰⁰ Conforme explica WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 491.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 56: “(...) é mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a ‘verdade’ dos fatos seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz. Entende-se, nessa perspectiva, que o princípio dispositivo não tem qualquer ligação com a instrução da causa, mas somente com a disponibilidade ou não do direito material. (...) É óbvio que o princípio da imparcialidade não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Ao contrário, será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deveria ser por ela demonstrado não tivesse sido provado”.

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 492-494. No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 87 e 89; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual**..., p. 291.

Apesar da falta de consenso neste aspecto, o que se percebe é a tendência atual de enfatizar a natureza publicista do processo, ou seja, ainda que sejam veiculados direitos disponíveis, há uma crescente preocupação com o real atendimento da garantia de acesso à justiça e com a “busca da verdade”, que suscitam a livre investigação judicial, ou seja:

diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas (...).¹⁰³

Conforme conclui José Roberto dos Santos Bedaque:

Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator 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 necessário. E enfatiza: quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz (...) aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados.¹⁰⁴

3.7 FINALIDADE DA PROVA

É possível afirmar que a finalidade da prova é demonstrar os fatos suscitados pelas partes, auxiliando na formação da convicção racional do juiz,¹⁰⁵

¹⁰³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria ...**, p. 66.

¹⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 11-13. No mesmo sentido: RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993, p. 50: “o compromisso maior do Juiz moderno é com a realização da justiça” (p. 45); “o processo moderno não há de ser, tanto quanto possível, um jogo sujeito à sagacidade das partes litigantes, pois ele há de se apresentar como instrumento adequado a que se consagre o ideal de justiça na composição jurisdicional dos litígios”.

¹⁰⁵ ALVIM, Arruda. **Manual ...**, v. 2, p. 414: “Toda atividade probatória deve subordinar-se, necessariamente, sob pena de inutilidade ou impertinência, ao esclarecimento dos fatos que servirão de base à sentença pois, do contrário, há de ser indeferida (art. 130 do CPC)”.

bem como legitimar o Poder Jurisdicional.¹⁰⁶

Para interar-se dos fatos, o juiz precisa das alegações e provas constantes no processo, porque, como regra, ele não pode conhecer dos fatos por meios externos aos autos, pois isto violaria o princípio da imparcialidade.¹⁰⁷

Ademais, não é exagero afirmar que a prova legitima o Poder Jurisdicional. Isso porque, na motivação da decisão judicial deve constar, obrigatoriamente, a conclusão advinda da análise do conjunto probatório trazido aos autos. E, se a motivação é requisito de validade da decisão, tem-se que a prova fornece credibilidade imediata à sentença e, conseqüentemente, ao Poder Jurisdicional.¹⁰⁸

Num sentido objetivo, a prova é o instrumento ou meio adequado para demonstrar a existência de um fato e/ou a veracidade de uma alegação, ou seja, “a prova visa à verificação (destacado no original) da existência e da eficácia das alegações dos fatos jurídicos relevantes”.¹⁰⁹ Subjetivamente, é a “certeza”¹¹⁰ originada quanto ao fato, decorrente da produção da prova. Com efeito, a prova tem a finalidade de materializar as alegações das partes e convencer o Juízo, ou seja, tem finalidade persuasiva.

Há controvérsias se a prova teria por finalidade comprovar as alegações das partes sobre os fatos ou se a finalidade seria a prova dos fatos em si. Independentemente do posicionamento adotado. De qualquer forma, é inegável que a prova é *instrumento de demonstração*, de modo que auxilia no esclarecimento e confirmação dos fatos suscitados, colaborando com a formação da convicção do juiz, a partir da aproximação deste com os fatos concretos.

¹⁰⁶ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 192; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 256: “a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado. Assim, denota-se que a idéia (ou o ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo”.

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 51, 54-55; CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 455. Vide também BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁸ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 56: “(...) as provas cumprem, basicamente, duas funções no processo: uma interna e outra externa. A primeira refere-se à cognição, isto é, a prova é um instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, a fim de permitir que, após a discussão e a compreensão dos fatos necessários ao julgamento da causa, o juiz possa formar a sua convicção. Por outro lado, a prova cumpre, ainda, uma função externa, estando voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional”.

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 304.

¹¹⁰ Entenda-se esta “certeza” não como uma “certeza absoluta”, mas como uma “certeza subjetiva do juiz”, ou seja, a convicção que o magistrado adquire após a análise do conjunto probatório ou aquela “verdade” possível de ser alcançada no processo.

3.7.1 A “verdade” sugerida como finalidade da prova judicial

Não há consenso quanto à finalidade da prova ser a “busca da verdade”. Tal discussão funda-se, principalmente, no argumento de que a “verdade” nunca pode ser apreendida em sua totalidade.¹¹¹ Porém, conforme aduz Moniz de Aragão, o conceito de verdade é polêmico – não só entre os juristas, mas também entre os filósofos -, razão pela qual “nada aproveita ao processo trazer para seu seio essa discussão infinda”.¹¹² Portanto, independentemente de a verdade não ser alcançável pelo homem, tal discussão transcende ao Direito.

O importante é se reconhecer que tal situação não exime o magistrado de sempre tentar chegar o mais próximo quanto possível do que se acredita ser a “verdade”. Isso porque:

A função do real (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial (...) Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e em uma sanção a ela atrelada, não há dúvida de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata.¹¹³

Juridicamente, faz-se uma distinção entre a verdade formal, que seria “a verdade apurada no caderno probatório”, e a verdade material, compreendida como “a verdade real dos fatos”.¹¹⁴ Antigamente, a verdade formal recebia maior

¹¹¹ Carlos Francisco Büttenbender, por exemplo, nega que a verdade seja a real finalidade da prova processual. Afirma que a verdade - tanto em termos gerais quanto a processual – é inatingível ao homem, e seria um contra-senso dizer que o processo visa atingir algo por si só inatingível (BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 118). Marinoni defende que a função da prova é “constituir-se em meio retórico, indispensável ao debate judiciário. O processo deve ser visto como palco de discussões; (...) o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 260).

Sob ótica diametralmente oposta, Ivan Ordine Righi simplifica a discussão e afirma que “a finalidade da prova é revelar ao juiz a verdade dos fatos narrados pelos litigantes”. (RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993, p. 47)

¹¹² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 206.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 254.

¹¹⁴ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 110 e 114-115. Eduardo Cambi defende que é desarrazoada a distinção entre verdade material e processual, porque não seriam ontologicamente diversas, mas apenas as técnicas para o conhecimento de cada uma seriam diversos (CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 72).

consideração do que a verdade material, pois “prevalecia a forma ao conteúdo”.¹¹⁵ Atualmente, porém, a tendência é o abandono do formalismo em prol dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, privilegia-se a verdade material - ou, ao menos, preocupa-se com a máxima aproximação dos fatos –, pensando-se “mais em justiça e menos em técnica ou ciência processual”.¹¹⁶

Há quem defenda que quando o processo veicula pedido referente a bens indisponíveis, é maior a exigência para que o resultado obtido no processo (verdade formal) seja o mais aproximado da verdade material.¹¹⁷ Mas, ainda que estejam em jogo direitos disponíveis, há que se tentar esta aproximação, diante da natureza publicista do processo e em atenção ao princípio da **justiça da decisão**.¹¹⁸ Ou seja, por mais que a verdade absoluta não possa ser apreendida, há que se buscar sempre a aproximação da verdade (aproximação dos fatos), pois, conforme aduz Eduardo Cambi:

o problema da justiça da decisão passa a corresponder à busca pela melhor (palavras destacadas no original) decisão possível de ser obtida, mas, para que essa justiça seja alcançada (...) é imprescindível a reconstrução fiel dos fatos relevantes da causa” (grifo nosso).¹¹⁹

Isso não significa que a “verdade” seja um fim absoluto e que deva ser perseguida ilimitadamente,¹²⁰ mas que deve ser almejada a verdade possível de ser alcançada (verdade *objetivável*), pois é necessário buscar a aproximação com os “fatos pretéritos”. Deve-se investigar o quanto possível e razoável sobre os fatos pertinentes, relevantes e controversos, visando aumentar a probabilidade de obter sentenças justas, pois é certo que a chance de se proferir uma sentença justa é

¹¹⁵ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 115.

¹¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 78.

¹¹⁷ ALVIM, Arruda. **Manual** ..., v. 2, p. 405.

¹¹⁸ Neste sentido, asseveram Marinoni e Arenhart (em tópico referente aos poderes do juiz) que, independentemente do direito material em litígio – seja indisponível ou não – o processo sempre é “instrumento público destinado a cumprir os objetivos do Estado”, e, conseqüentemente, sempre deve prezar pela justiça, pois o Estado também se preocupa com o que aflige os direitos disponíveis (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 56).

¹¹⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 304.

¹²⁰ ALVIM, Arruda. **Manual** ..., v. 2, p. 405; FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 692; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 267; CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 69; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 206-207: “se lhe for destinada a tarefa de desvendar o absoluto, nenhum processo chegará ao fim, pois lhe terá sido atribuído um objetivo inatingível. (...) Se se concordasse em que o objetivo do processo é descobrir e proclamar a verdade ter-se-ia de admitir que enquanto alguém duvidar de ela haver sido encontrada não pode ele encerrar-se, o que orçaria pelo absurdo”.

proporcional, via de regra, ao acervo probatório constante nos autos).¹²¹

Expõe José Roberto dos Santos Bedaque:

Não pode o julgador, é óbvio, transformar a verdade no fim do processo e só decidir quando se sentir convicto de havê-la encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que se diligencie, a fim de que o grau de probabilidade seja o mais alto possível (grifo nosso).¹²²

Além disso, ainda que não se alcance a dita “verdade absoluta”, ao menos seria uma “verdade” para os sujeitos que participam do processo, conforme defendem Marinoni e Arenhart:

No discurso, todas as pretensões ficam suspensas, até que a assertiva seja confirmada ou refutada (em discurso teórico) ou até que a norma seja considerada legítima ou ilegítima (através de discurso prático). Tomando-se como adequada essa constatação, pode-se agora compreender a função da verdade no discurso jurídico: *constitui ela uma das pretensões de validade que autoriza o discurso. Se acaso os sujeitos processuais não acreditassem que a verdade tem função no processo, não haveria motivo para a sua celebração, que se tornaria mera sucessão de atos, sem nenhum objetivo útil. **A busca da verdade, embora seja meio retórico, preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade e fundamentação*** (grifo nosso, destacado no original).¹²³

Assim, a “busca da verdade” é que fornece **sentido axiológico** ao processo, principalmente porque é instrumental ao ato de julgar, como “meio a serviço da justiça da decisão”, conforme assevera Eduardo Cambi:

(...) a finalidade do processo não é somente a busca da verdade, mas algo maior, isto é, a justiça, para a qual a determinação da verdade é somente uma premissa. Perseguindo essa finalidade, o processo deve visar a busca da justiça das decisões”, sendo que “a justiça seria a expressão da verdade buscada e reconhecida no processo.”¹²⁴

Se não houvesse ao menos a intenção de se aproximar da verdade, então o juiz estaria sempre apto a julgar o feito logo após apresentadas a petição inicial e a contestação - o que, naturalmente, é absurdo em demandas que envolvem questões de fato. Conseqüentemente, não haveria razão para o processo subsistir, pois, “se se propusesse a não atingir a ‘verdade dos fatos’, ele ficaria sem sentido e cairia em

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 267: “Não há dúvida de que o ideal não pode ser abandonado. *Mas é necessário estar ciente das limitações da prova, o que certamente conduzirá à formação da consciência da impossibilidade da eternização de sua produção para um utópico e impossível encontro da ‘verdade’, logrando-se, daí, maior efetividade ao processo*” (destacado no original).

¹²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 13-14.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 261.

¹²⁴ CAMBI, Eduardo. **Direito ...**, p. 77.

descrédito perante os jurisdicionados”.¹²⁵

Dessa forma, a finalidade da prova relaciona-se com a “busca da verdade”, não no sentido ilusório de uma “verdade absoluta”, mas sim no de promover a melhor demonstração dos fatos possível de ser obtida no processo, a fim de possibilitar maiores chances de obter sentenças justas.¹²⁶

¹²⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 206.

¹²⁶ CAMBI, Eduardo. **Direito** ..., p. 190.

4 A PRECLUSÃO

4.1 A PRECLUSÃO COMO INSTITUTO BÁSICO DO PROCESSO

A preclusão é um instituto básico e específico do processo, pois, conforme ensina Carlos Francisco Büttenbender:

é da própria origem do termo processo que se extrai seu sentido de avanço, ou seja, de que se constitua em um conjunto de atos ou ações ordenadas de forma tal a que se busque a cada momento alcançar um estágio mais avançado. (...) Isto faz do instituto da um elemento intrínseco ao procedimento. Sendo um rito organizado para avançar, é elementar a vedação do retorno aos atos e momentos já superados.¹²⁷

Assevera Chiovenda que “o ordenamento jurídico não se adstringe a regular as diversas atividades processuais, sua forma e seu conjunto, mas regula, também, sua sucessão processual; daqui se origina uma ordem legal (destacado no original) entre as atividades processuais”.¹²⁸ Daí porque a preclusão é inerente ao andamento processual: compele o processo a superar fases seqüenciais e impulsiona o feito em direção à decisão final.

Cada país pode optar por um sistema de preclusões que seja mais ou menos rígido, mas, de qualquer forma, terá que adotá-lo em alguma medida,¹²⁹ pois não se pode admitir a existência de um processo interminável. É imprescindível que haja regras que estabeleçam previamente a localização, no rito, de cada ato processual e que, por outro lado, vedem o retrocesso ou o retorno de momentos e fases.¹³⁰ No caso do direito pátrio, pode-se dizer que “o instituto assume acentuada

¹²⁷ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 127 e 173-174, respectivamente. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 623; BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2. ed. revista e atual., 2. t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 26, 32, 37, 39, 53 e 88; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 230. No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 230; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 474.

¹²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, Tradução J. Guimarães Menegale. – Campinas: Bookseller, 2000. p. 183.

¹²⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 225; BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. In: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955, p. 59-66 – p. 59; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 15.

¹³⁰ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 128; AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1940/1943, vol. 1. p. 287.

e constante aplicação”, visto que “o processo brasileiro desenvolve-se através de uma série de estágios, perfeitamente limitados, cada qual destinado à prática de determinados atos, e separados entre si através da *preclusão*” (destacado no original).¹³¹

Prova disso é que o processo civil brasileiro se estrutura sobre o princípio da eventualidade - que impõe que as alegações sejam expostas nos autos na petição inicial ou na resposta do réu, sob pena de não ser mais possível a adução de novos fatos, pedidos ou defesas, e, por isso, constitui exemplo de preclusão consumativa -, bem como sobre o princípio de uma ordem legal necessária das atividades processuais.¹³²

Considerando que a regulação da ordem legal das atividades processuais é uma das finalidades do ordenamento jurídico,¹³³ e que a legislação processual brasileira prevê o emprego do instituto da preclusão em diversas circunstâncias, impende examiná-lo.

4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Dentre os conceitos jurídicos doutrinários formulados para esta figura processual, imprescindível citar-se o conceito chiovendiano, não só porque é mencionado pela grande maioria dos doutrinadores, mas também porque foi Chiovenda quem sistematizou e primeiro conceituou este instituto.¹³⁴

Nas palavras de Chiovenda, a preclusão é:

um instituto geral com freqüentes aplicações no processo e consistente na *perda* de uma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício

¹³¹ Ambas as citações de: BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 37 e 76, respectivamente. De forma semelhante, assevera Moniz de Aragão que o processo civil brasileiro recebe a influência do princípio de preclusão, ocasionando a divisão – embora não de forma absolutamente rígida - em fases (postulatória, instrutória, decisória) – assim como do princípio da eventualidade. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 228-229).

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 75.

¹³³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**, v. 6: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495, [coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva]. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 219.

¹³⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. In: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955, p. 59-66 – p. 59-60.

dessa faculdade no processo ou numa fase do processo.¹³⁵ Detalhando quais seriam tais “extremos legais”, complementou: (...) é a *perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual* que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).¹³⁶

Tal definição, no entanto, deve ser ampliada, pois não engloba os efeitos preclusivos sobre a atividade do magistrado, referente às questões decididas no curso do feito (conhecida por grande parte da doutrina como preclusão *pro judicato*), não obstante Chiovenda ter reconhecido esta possibilidade em seus estudos.¹³⁷ Assim, embora não haja impropriedades no conceito apresentado – principalmente porque a preclusão sobre atos do juiz não é uma espécie autônoma de preclusão, devendo ser enquadrada como hipótese de preclusão consumativa, conforme se discorrerá no próximo tópico – o conceito deve ser complementado, esclarecendo-se que o objeto da preclusão é tanto a faculdade das partes quanto os poderes processuais do juiz.¹³⁸

Independente disso, o conceito inicial que surgiu do instituto foi este apontado por Chiovenda, sendo adotado como base pelos demais processualistas. Basicamente se conceitua a preclusão como um instituto de direito processual que opera efeitos internamente no processo e ocasiona a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual (ou poder, conforme mencionado), em três hipóteses: “(a) *por não ter sido observada a ordem ou a oportunidade determinada pela lei para a realização de um ato* [preclusão temporal]; b) *por ter sido praticada uma atividade incompatível com o exercício de outra* [preclusão lógica]; c)

¹³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, Tradução J. Guimarães Menegale. – Campinas: Bookseller, 2000, p. 1444.

¹³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições** ..., v. 3, p. 184.

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Coisa Julgada e Preclusão** (*Cosa juzgada y preclusión*). In: Ensayos de Derecho Procesal Civil, vol. III, tradução espanhol Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1949.

A suposta incompletude do conceito de Chiovenda, rendeu-lhe muitas críticas (BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. In: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955, p. 59-66 – p. 60-62).

¹³⁸ Daniel Amorim Assumpção Neves defende que nenhuma impropriedade existe na concepção clássica de preclusão de Chiovenda, mas que, ao contrário, foram os doutrinadores que criticaram Chiovenda que incorreram em erro, tanto porque Chiovenda expôs em sua obra que a preclusão também opera efeitos em relação ao juiz, quanto porque nomearam equivocadamente de preclusão *pro judicato* a preclusão incidente sobre os poderes processuais do magistrado (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 313).

por já ter sido exercida uma vez validamente a mesma faculdade [preclusão consumativa]”.¹³⁹

Embora não haja unanimidade quanto à natureza jurídica da preclusão – se é fato, acontecimento, circunstância -, podemos apresentá-la como um instituto de direito processual,¹⁴⁰ cujos efeitos incidem exclusivamente sobre a relação jurídica processual.

O segundo aspecto relevante do conceito refere-se à circunstância de a preclusão operar efeitos tão-somente no processo em que incide, ou seja, ela “tem lugar, exclusiva e necessariamente, dentro do processo (endoprocessualmente)”.¹⁴¹

O conceito geral engloba, ainda, sua essência, qual seja, a “perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício”.¹⁴² Para Antônio Alberto Alves Barbosa, a preclusão “é, em última análise, o instituto que estabelece um regime de responsabilidade, impondo a prática dos atos processuais no momento exato, pela forma adequada e conforme a lógica”.¹⁴³

Por fim, é importante mencionar que as normas que regulam a preclusão são obrigatórias e de caráter público, chamadas de normas cogentes ou absolutas. Conforme ensina Barbosa, são obrigatórias porque a preclusão “(...) é o imperativo processual de que decorre a necessidade de todos os atos e faculdades serem exercidos no momento e forma apropriados, de modo a imperar a ordem e a lógica processuais”, e são de caráter público porque “visam a satisfazer interesses públicos, dentre os quais está o de assegurar a igualdade de direitos e deveres das partes em litígio”.¹⁴⁴

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições** ..., v. 3, p. 184.

¹⁴⁰ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 220. Moniz de Aragão vê a preclusão como um acontecimento ou fato que surge no processo (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 224). Teresa Wambier define a preclusão como uma “situação jurídica-processual, com características peculiares” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 475).

¹⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 474.

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 488. Pondere-se apenas que quanto à consumação, pode referir-se não apenas à faculdade das partes, mas também aos poderes processuais do juiz.

¹⁴³ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁴ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 26, 89 e 97.

4.3 CLASSIFICAÇÃO

Cada modalidade de preclusão circunstancia uma situação distinta da qual ela pode decorrer.¹⁴⁵ A classificação mais comumente utilizada pela doutrina brasileira é a que identifica as seguintes espécies: temporal, lógica e consumativa. Enquanto as duas primeiras só se aplicam à atividade das partes, a terceira incide também sobre o poder processual do juiz.¹⁴⁶ Além dessas três, há autores que citam a preclusão *pro judicato* e a ordinatória como espécies autônomas.¹⁴⁷

A preclusão temporal, como o próprio nome informa, advém do decurso do tempo, quando a parte deixa de cumprir um ato processual dentro do período em que devia fazê-lo. A preclusão lógica advém da incompatibilidade do ato que se pretende praticar com outro anteriormente realizado, ou seja, ocorre em caso de impossibilidade de se conciliar uma atividade ou faculdade com outras já exercidas. Por fim, a preclusão consumativa é o impedimento da reiteração de um ato já praticado validamente.¹⁴⁸ Em qualquer dessas hipóteses, ocorre a superção da oportunidade processual de se exercitar uma faculdade processual de interesse da parte¹⁴⁹ ou um poder processual do juiz. Como sintetiza Marcato, “ultrapassado o momento procedimental próprio (fase procedimental) para a prática de determinado ato [temporal], ou tendo este já sido realizado [consumativa], ou, ainda, sendo incompatível com outro anteriormente consumado [lógica], diz-se que ocorreu a preclusão”.¹⁵⁰

Como uma quarta espécie, cita-se a preclusão *pro judicato*,¹⁵¹ normalmente indicada pelos doutrinadores brasileiros como sendo aquela a incidir sobre os poderes processuais do juiz, impedindo-o de julgar novamente questões já decididas

¹⁴⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, p. 219; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 477.

¹⁴⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. In: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955, p. 59-66 – p. 63.

¹⁴⁷ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 35. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 498.

¹⁴⁸ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 34; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual ...**, p. 624-625; PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, p. 219; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 477; MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao contraditório?** In: Revista de Processo, vol. 17, p. 105-114, 1980, p. 107.

¹⁴⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, p. 220.

¹⁵⁰ MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao contraditório?** In: Revista de Processo, vol. 17, p. 105-114, 1980, p. 106.

¹⁵¹ Principal exemplo de preclusão *pro iudicato* no Código de Processo Civil Brasileiro seria a regra do caput do artigo 471, que dispõe: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”.

no processo.¹⁵² Conforme esclarecem Eduardo Talamini e Daniel Amorim Assumpção Neves, porém, a preclusão *pro iudicato*, na verdade, não teria o significado comumente adotado no Brasil, ou seja, não é “a preclusão dos poderes do juiz”,¹⁵³ constituindo, conforme ensina Neves:

Fenômeno que em tese ocorreria no processo de execução de título extrajudicial que se extingue com a satisfação do requerente sem a interposição dos embargos à execução e no processo monitório quando, por falta de apresentação dos embargos, o mandado se converte em título executivo. Tentam os defensores de tal entendimento atribuir a essas situações efeitos análogos aos da coisa julgada material (indiscutibilidade e imutabilidade) e chamam o fenômeno de preclusão *pro iudicato*.¹⁵⁴

De qualquer forma, como grande parte de nossa doutrina identifica a preclusão *pro iudicato* com a preclusão judicial, compreendendo-a como a impossibilidade de o juiz decidir novamente questões já decididas no processo, passemos a analisar se a preclusão judicial¹⁵⁵ configura ou não espécie autônoma de preclusão.

Não é unânime a inclusão da preclusão *pro iudicato* dentre as espécies de preclusão. João Batista Lopes, por exemplo, defende que esta seria uma preclusão imprópria, visto não existir preclusão, em sentido técnico, para o juiz. Sua opinião se baseia no entendimento de que a preclusão relaciona-se à idéia de penalidade,¹⁵⁶ logicamente impertinente para a atuação do Magistrado, já que este não possui qualquer interesse particular na demanda e não sofre sanções processuais no processo em que atua como autoridade judicial. Porém, como também é controversa a posição de entendê-la como sanção, este não seria um argumento tão convincente para excluir a preclusão *pro iudicato* dentre as espécies autônomas¹⁵⁷ – até porque

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 489.

¹⁵³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória: a ação monitória** – Lei 9.079/95: doutrina, jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos; [orientação Arruda Alvim]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman); v. 37, p. 105; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*

¹⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 311. Também explica o fenômeno Manoel Caetano Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 36).

¹⁵⁵ Quando a doutrina majoritária se refere a preclusão *pro iudicato*, está querendo se referir, em verdade, à preclusão judicial, razão pela qual Daniel Neves sugere que esta expressão é que seja utilizada para se referir à preclusão incidente sobre os poderes processuais do juiz (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 316).

¹⁵⁶ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o instituto da preclusão**. Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981. (p. 59 e p. 49: “(...) preclusão *pro iudicato*, para designar uma espécie particular e imprópria de preclusão, que consistiria no impedimento ou barreira antepostos ao juiz, a fim de que ele não decida uma mesma questão mais de uma vez. (...) Não se trata, evidentemente, de preclusão em sentido técnico”.

¹⁵⁷ ALVIM, Arruda. **Manual ...**, v. 1, p. 469.

será mencionado no tópico referente aos efeitos da preclusão que ela também alcança ao juiz, e não somente às partes.

Sob outro enfoque, no entanto, conclui-se que a preclusão *pro judicato* não é uma espécie autônoma de preclusão por configurar uma hipótese de preclusão consumativa, com a particularidade de ser aplicada aos atos judiciais.¹⁵⁸

Alguns autores citam, ainda, a preclusão “ordinatória” ou “ordinária”, a qual nasceria do exercício irregular de uma faculdade processual. Neste caso, o exercício irregular - em desatenção ao modo e à forma adequados - provocaria a consumação do ato, impedindo, com isso, a renovação da oportunidade de praticá-lo.¹⁵⁹ Não obstante, tem-se como mais apropriado inserir esta concepção na categoria de preclusão consumativa, como o faz Teresa Wambier.¹⁶⁰

Há outras classificações para o instituto, como: preclusões explícitas ou implícitas (dependendo de estarem expressas no texto da lei ou extraídas de um conjunto de disposições do direito positivo; em permanentes ou temporárias (em razão de seu efeito ser ou não perpétuo); e em absolutas ou relativas (dependendo da possibilidade de o juiz conhecer de ofício ou de produzirem efeitos apenas a pedido do interessado).¹⁶¹

4.4 FUNDAMENTO E FINALIDADE DO INSTITUTO

O fundamento da preclusão é a ordem processual,¹⁶² sempre visando assegurar um desenvolvimento rápido e ordenado do processo,¹⁶³ de forma que as fases sigam em uma seqüência lógica e que se cumpram os objetivos básicos das leis processuais – “*a simplicidade, a brevidade e a economia*”.¹⁶⁴

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 625; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 313.

¹⁵⁹ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 478.

¹⁶¹ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 33 (citando Manzini – Il diritto processuale penale italiano, 1949).

¹⁶² BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 51; MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao contraditório?** In: Revista de Processo, vol. 17, p. 105-114, 1980. p. 107.

¹⁶³ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o instituto da preclusão.** Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981, P. 52: “O instituto da preclusão visa a assegurar a celeridade e o dinamismo processual e, por isso, sua aplicação só se justifica para atender a esses objetivos”.

¹⁶⁴ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 57.

Ensina Chiovenda que “todo processo (...) com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a conseqüência, de que, além de tais limites, não se pode usar delas”. Aqui se encaixa a preclusão, a qual, “(...) no curso do processo, tem por fim tornar possível o ordenado desenvolvimento do processo com a progressiva e definitiva eliminação de obstáculos”.¹⁶⁵

A intenção do legislador ao determinar a ocorrência da preclusão é imprimir maior precisão à marcha processual, impedindo-a de ser interminável e de retornar a fases já superadas, de modo que a solução do litígio e a entrega definitiva da tutela jurisdicional sejam concretizadas o mais rápido quanto possível.¹⁶⁶

Manoel Caetano Ferreira Filho sintetiza o que foi dito acima:

A preclusão tem por escopo a ordenação coordenada das atividades processuais, simplificando o processo, possibilitando-lhe atingir o mais rápido possível seu ato final, em que se concretiza a certeza ou a satisfação dos direitos. Finalidade da preclusão é, pois, tornar certo e ordenado o caminho do processo, assegurar-lhe um desenvolvimento expedito e livre de contradições ou de retorno e garantir a certeza das situações jurídicas processuais.¹⁶⁷

Em última análise, pretende-se proteger a boa-fé processual ou estabelecer o princípio da auto-responsabilidade às partes. Impedindo-se o retorno “a fases e atos já praticados (como regra)”, impede-se “que as partes venham a surpreender uma a outra, justapondo argumentos, fatos e pedidos anteriormente não formulados, prejudicando, com isso, a prova dos fatos, a concatenação das razões e das defesas”.¹⁶⁸

Note-se que não se está afirmando necessariamente o êxito do instituto nos fins a que se propõe, mas apenas que ao menos o seu fundamento é auxiliar na busca pela celeridade processual, tentando abreviar a duração do processo. **Não**

¹⁶⁵ Ambas as citações: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições** ..., v. 1, p. 184 e 459.

¹⁶⁶ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 223 e 230. No mesmo sentido: MARCATO, Carlos Antonio (coord.). **Código de Processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1444. “(...) preclusão, que se constitui num sistema de segurança das relações jurídicas ao qual o nosso Código aderiu. O sistema das preclusões busca evitar que determinadas discussões se tornem eternas”; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 623: “é precisamente esse instituto que permite ao processo desenvolver-se adequadamente, dirigindo-se ao seu objetivo final, à sua conclusão”.

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 29. Na conclusão de sua obra, resume Manoel Caetano (p. 117): “A preclusão tem por finalidade: a) tornar certa e ordenada a marcha do processo (...); b) abreviar a duração do processo (...); c) garantir a certeza e a estabilidade das situações jurídicas processuais; d) assegurar o princípio da boa-fé processual e defender as partes contra eventual arbítrio dos juízes”.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 623. No mesmo sentido: BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 50.

há, porém, qualquer comprometimento com a justiça do julgado,¹⁶⁹ o que rende diversas críticas ao instituto.

4.5 EFEITOS DA PRECLUSÃO

A preclusão opera efeitos em todas as fases processuais, mas, de qualquer forma, incide apenas internamente, nos limites específicos do processo em que ocorre. Sua atuação é, portanto, muito mais restrita do que a da coisa julgada material, que impede o conhecimento, por qualquer juiz ou tribunal, de uma lide já decidida.¹⁷⁰

O principal efeito da preclusão é tornar ineficaz o ato produzido após verificada a preclusão. Impede-se que o ato para o qual operou a preclusão venha a produzir efeitos na relação processual.¹⁷¹ Neste tocante, tem-se que **a impossibilidade da prática do ato não seria efeito da preclusão, senão a própria preclusão,**¹⁷² cujo efeito é impedir ou tornar ineficaz (e não nulo ou inexistente) o ato praticado posteriormente a sua ocorrência.

Cumpra considerar que nem todas as matérias estão sujeitas à preclusão. As questões de ordem pública, por exemplo, atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação (CPC, art. 267), não precluem.¹⁷³ Ademais, conforme defende Manoel Caetano Ferreira Filho, também **a matéria relacionada com a instrução probatória não preclui para o juiz.**¹⁷⁴

¹⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 15: “Não fica difícil a percepção de que o instituto da preclusão, por visar á celeridade do processo, é totalmente descomprometido com a justiça ou injustiça da decisão: o que se pretende com a preclusão é apenas abreviar ao máximo possível a duração do processo, pouco importando que isto implique em uma sentença injusta. Por isso é que a preclusão tem encontrado terríveis críticos”.

¹⁷⁰ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o instituto da preclusão.** Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981, p. 55. Chiovenda assemelhou a preclusão à “coisa julgada formal” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições** ..., v. 3, p. 185).

¹⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 475; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 625: “ocorrida a preclusão, extingue-se, mesmo independentemente de qualquer declaração judicial, o direito de praticar o ato processual (art. 183 do CPC)” e p. 626: “O ato, praticado após a ocorrência de preclusão, é nulo e não produz efeito algum”.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 625.

¹⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 91. Para o autor, caberia falar, no âmbito probatório, em preclusão consumativa para o juiz, apenas no sentido de que este estaria proibido de indeferir uma prova anteriormente deferida (p. 92).

Outro aspecto controvertido é quanto aos efeitos alcançarem estritamente as partes (autor e réu) ou também o juiz. Enquanto alguns doutrinadores entendem que a preclusão atinge todos os integrantes da relação processual¹⁷⁵ - considerando que a preclusão consumativa alcança atos jurisdicionais (*pro judicato*) - há quem afaste seus efeitos dos atos do órgão jurisdicional.¹⁷⁶

Hoje, a doutrina majoritária defende que a preclusão atinge os atos do juiz. Baseiam-se principalmente no artigo 471 do CPC, que proíbe que o juiz decida novamente o que já foi decidido. O que o juiz decidiu, via de regra, fica precluso para as partes e para o próprio juiz.¹⁷⁷

Aceita a tese de que a preclusão alcança não só as faculdades das partes, mas também os poderes processuais do juiz, necessário elucidar, ainda, se a preclusão atinge todos os poderes e manifestações do magistrado ou apenas alguns. Neste sentido, considerando que as decisões judiciais que extinguem o processo se sujeitam à coisa julgada (e não à preclusão), e que os despachos de mero expediente não possuem carga decisória que justifique a incidência de preclusão sobre eles, conclui-se que apenas atos proferidos pelo juiz não relacionados à extinção da lide, mas com significativa carga decisória – ou seja, apenas as decisões interlocutórias - podem sofrer os efeitos da preclusão.¹⁷⁸

Por outro lado, impende lembrar que o prazo para os atos praticados pelo juiz é impróprio ou meramente disciplinar (não há “sanção” aplicável ao juiz dentro da relação processual), ou seja, a preclusão temporal não se aplica ao juiz. Naturalmente, a preclusão lógica também não incide, pois inconcebível – ao menos teórica e formalmente – a “incompatibilidade lógica” entre atos praticados pelo juiz.¹⁷⁹ Isso significa que apenas a preclusão consumativa pode ocorrer nesta hipótese.¹⁸⁰ Daí porque nos alinhamos ao pensamento que entende que a chamada

¹⁷⁵ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 50; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições ...**, v. 3, p. 187, rodapé; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado: e legislação extravagante**. Atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 808/809; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 478; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 237.

¹⁷⁶ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o instituto da preclusão**. Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981, p. 48/49.

¹⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 84: “o nosso código admite que a preclusão possa atingir os poderes do juiz”.

¹⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 85-86.

¹⁷⁹ Daniel Neves discorda deste posicionamento, defendendo que “despachos proferidos pelo juiz podem acarretar preclusão lógica, impedindo de praticar ato incompatível com o anteriormente realizado” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 313).

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 25.

preclusão *pro judicato* é, em verdade, preclusão consumativa, com o único diferencial de ser aplicada ao juiz e não às partes, pelo que não seria uma espécie autônoma de preclusão.

Neste sentido, asseveram Marinoni e Arenhart:

Em geral, admite a doutrina que o magistrado também está, em determinadas circunstâncias, sujeito à preclusão, mas apenas à consumativa. Efetivamente, considerando que os prazos para o órgão jurisdicional são impróprios (ou seja, não há sanção ao seu descumprimento), seria impossível caracterizar para ele prazos peremptórios e, em consequência, preclusão temporal. De outra parte, admitindo-se que todas as decisões interlocutórias são recorríveis pela via do agravo, e considerando que esse recurso, como visto, autoriza o juízo de retratação, sempre seria possível que, ao menos mediante provocação, a autoridade jurisdicional reconsiderasse decisão anteriormente tomada, não se podendo então falar em preclusão lógica. Resta, portanto, apenas a preclusão consumativa, como capaz de operar em relação ao órgão jurisdicional. Esta, sim, pode ocorrer, (...) como assevera o art. 463".¹⁸¹

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ..., p. 625.

5 A PRECLUSÃO TEMPORAL EM FACE DO DIREITO À PROVA

5.1 A PRECLUSÃO TEMPORAL EM CADA FASE DA REALIZAÇÃO DA PROVA

Elucidado o conceito de preclusão, suas características, natureza jurídica, efeitos e fundamento, resta saber se tal instituto opera efeitos na atividade probatória no âmbito do processo civil brasileiro, e, em caso afirmativo, em que medida isto ocorre.

De início, impende firmar que esta problemática está intimamente relacionada à necessidade de ponderação entre os princípios da ampla defesa, da justiça da decisão judicial e da busca da verdade real, com os princípios da razoável duração do processo e celeridade processual. Apenas por meio do alcance de tal equilíbrio se pode obter o grau máximo de efetividade do processo.¹⁸²

Partindo dessa premissa e considerando que a realização da prova é dividida em fases distintas - quais sejam, a propositura, a admissão, a produção e a valoração -, faremos a análise da possibilidade de incidência de preclusão temporal em cada uma delas.

Conforme exposto do capítulo terceiro, o Código de Processo Civil prevê momentos específicos para as partes proporem provas no procedimento comum ordinário (artigos 282, VI; 300; 324; 331, §2º; 331, §3º; 844/845; 846/851).

Mas, além da faculdade das partes, há o poder do juiz de determinar a produção das provas que entende necessárias para o deslinde da causa. E, se descabe falar em preclusão temporal para as atividades desempenhadas no processo pelo juiz, temos aqui forte argumento de que a preclusão não incide nesta primeira fase da realização da prova. Isso porque, **ainda que o Código especifique momentos determinados para as partes deduzirem provas, ao juiz cabe fazê-lo em qualquer momento.**¹⁸³

¹⁸² BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Op. cit.*, p. 60: "(...) de um lado, descobrir a verdade, para o que se faz necessário permitir alegações ou deduções em vários momentos, porque isso propiciará [em tese] oportunidade de novos elementos de convicção; de outro lado, o interesse pela rapidez, pela boa-fé e pela economia processuais". No mesmo sentido: LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o instituto da preclusão**. Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981.

¹⁸³ Insta mencionar que também é possível a produção de provas em segundo grau de jurisdição, sendo possível até mesmo a iniciativa probatória de desembargadores (RIGHI, Ivan

A segunda etapa da produção da prova é a sua admissão. Considerando que constitui atividade pertinente tão-somente ao juiz, impensável a incidência de preclusão temporal neste momento.

O que se pode suscitar nesta fase é a chamada preclusão *pro judicato*. Segundo o posicionamento de Teresa Wambier, Manoel Caetano Ferreira Filho e Daniel Amorim Assumpção Neves, a decisão interlocutória que indefere a produção de uma prova não sofre efeito da preclusão consumativa.¹⁸⁴ Por outro lado, a decisão que defere a produção de uma prova estaria sujeita a esta espécie de preclusão, pois, para estes autores, deferida uma prova sem tempestiva interposição de recurso que a impugne, o juiz não poderia impedir sua produção. Possíveis posições em contrário poderiam sustentar sua tese no fato de que pode o juiz, mesmo após ter deferido uma prova, concluir que a mesma é impertinente ou desnecessária, pelo que insistir em sua produção seria atitude indesejavelmente procrastinatória. Neste raciocínio, considerar-se-ia que a prova sempre deve estar sujeita ao juízo seletivo quanto à pertinência e necessidade, ainda que já tenha sido admitida a sua produção, sob pena de se produzir provas inúteis e de se prolongar o feito indevidamente.

Após proposta e admitida, segue a produção da prova propriamente dita. Sendo determinada a produção de uma prova, ela o será, independentemente do lapso de tempo – sujeitando-se apenas ao juízo seletivo quanto à pertinência e necessidade, conforme a pouco mencionado. De qualquer forma, a preclusão temporal, como regra, aqui não incide. Isso porque, em geral, esta fase se desenvolve na audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 336). Naturalmente que certos prazos devem ser respeitados – como, por exemplo, o previsto no art. 433, que determina que o laudo pericial seja apresentado pelo menos 20 dias antes da audiência – mas não se pode dizer que isto gera a perda de uma faculdade para as partes ou a impossibilidade ao juiz de decidir novamente alguma questão já decidida, e, portanto, não se pode sugerir, em princípio, a preclusão nesta hipótese.

Portanto, é inadmissível, via de regra, a incidência de preclusão temporal na fase de produção da prova propriamente dita. O que se pode suscitar nesta fase é o

Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993). Porém, embora não ignoremos esta possibilidade, não aprofundaremos a respeito, com o intuito de restringir o tema do presente trabalho.

¹⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 92: “o poder de iniciativa probatória inclui o de determinar a produção de prova já indeferida”; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 315.

que Manoel Caetano Ferreira Filho denomina de “*preclusão por fase do processo*”. Isso significa que, mesmo descumprido o prazo previsto para sua produção, uma prova ainda pode ser produzida, desde que o procedimento não tenha avançado para alguma fase que impeça a sua produção ou a realização de determinados atos necessários para a sua produção ou relacionados a ela. Por exemplo: para a prova pericial, o CPC determina em seu artigo 421, §1º, o prazo de cinco dias para a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos; porém, admite-se que a faculdade de indicar assistentes e formular quesitos ficará preclusa apenas quando se iniciar a perícia.¹⁸⁵

De outra sorte, ainda que a regra seja a não incidência de preclusão temporal nesta fase, é possível que o juiz, na hipótese de visualizar que a produção da prova está sendo protraída por má-fé ou negligência de uma das partes, decrete a preclusão, apoiando-se no artigo 125, II e III, do Código de Processo Civil. Neste caso, a parte responsável pela não realização da prova é quem deve arcar com a consequência de sua falta (ou seja, o ônus da prova deverá ser interpretado em seu desfavor). Por exemplo: a parte é intimada para efetuar o depósito de honorários periciais; descumprindo este dever no prazo pré-fixado, pode o juiz reintimá-la, determinando que o faça sob pena de precluir o direito de produzir a prova.

Por fim, ocorre a valoração da prova, que é exercício exclusivo do juiz, e, portanto, não pode receber efeitos da preclusão temporal. O prazo para o juiz proferir sentença (CPC, artigo 456) é impróprio, e, portanto, não gera consequências processuais ao magistrado (eventualmente ele pode sofrer alguma repreensão disciplinar ou administrativa, ou ser responsabilizado civil ou mesmo criminalmente, o que, de qualquer forma, nada tem a ver com preclusão). Novamente aqui o que se pode suscitar é quanto à preclusão consumativa (ou *pro judicato*, como chama a maioria da doutrina), atentando-se apenas ao fato de que a imutabilidade que pode recair sobre a valoração efetuada na sentença, não é decorrente da preclusão, mas sim da coisa julgada.

Posto isso, a análise sobre a preclusão temporal em face da atividade probatória deve se ater ao momento da propositura da prova. Quanto às fases de admissão e valoração da prova, o que se pode cogitar é sobre a incidência de preclusão consumativa, o que, porém, não é aceito com unanimidade, e, de

¹⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 90; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 474

qualquer forma, extrapola os limites do presente estudo. E, por fim, quanto à produção da prova propriamente dita, a possibilidade de incidir preclusão temporal é mera exceção, possível de ser aplicada em hipóteses muito particulares, quando possível a aplicação de “*preclusão por fase do processo*” ou quando o juiz visualiza inaceitável negligência da parte ou má-fé em retardar o feito.

5.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INCIDÊNCIA DE PRECLUSÃO TEMPORAL NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Inicialmente, relevante destacar que o cumprimento dos prazos legalmente previstos no ordenamento processual civil pode ser considerado como um dos fatores necessários para que o processo se desenvolva dentro de um tempo aceitável, conforme evidencia Fernando da Fonseca Gajardoni:

É necessário que a série de atos concatenados entre si que compõem o procedimento venha ordenada temporalmente, isto é, que haja prazos preestabelecidos, adequados para que cada um dos atos possa se realizar em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Quando se fala em prefixação de prazos, deve-se lembrar que talvez a maior garantia de que um processo seja solucionado em tempo razoável é exatamente o cumprimento desses prazos, os quais, por óbvio, não devem ser fixados em tempo maior nem menor do que o necessário.¹⁸⁶

Adaptando este entendimento para a atividade probatória, tem-se que os prazos previstos no Código de Processo Civil destinados a ela deveriam ser improrrogáveis, ou seja, o processo deveria seguir regras claras e precisas sobre quando e como cada ato processual deve ser praticado e quando cada fase deve ocorrer, rechaçando as provas propostas fora do prazo. A partir desta posição, defende-se que:

a busca da verdade limita-se, também, pelo tempo, visto que a celeridade do processo tem significativa relevância no conceito atual de acesso à justiça e considerando, também, que a demora do processo é uma das maiores causas da crise do Judiciário.¹⁸⁷

¹⁸⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p. 58

¹⁸⁷ FRANCO, Mariulza. *Op. cit.*, p. 399

A preclusão em matéria probatória é correlata à busca da agilização do processo, evitando a eternização do conflito mediante a contínua apresentação de provas, prática comumente utilizada pelas partes para procrastinar o julgamento. Tais abusos acabam sendo permitidos e tal prática se consolida, principalmente, calcada no mito da “busca da verdade”, a qual, embora deva ser almejada pelo juiz, não pode ser entendida como um fim absoluto.

Este é o entendimento de Carlos Francisco Büttenbender.¹⁸⁸ Para este autor, o processo não busca a *verdade* – pois ela é inatingível ao homem -, mas sim um *consenso argumentativo*, construído a partir das *versões* apresentadas pelas partes – tanto que elas podem até mesmo limitar os fatos sobre os quais pretendem centrar a discussão processual. Por conseqüência, não haveria óbice à fixação de regras restritivas à prova (não no sentido de impedir a produção de provas ou propiciar o cerceamento de defesa, mas como meio de se estabelecer, claramente, quando e de que forma elas devam ser realizadas).

Neste sentido, em que pese a relevância da prova, haveria de se admitir que a faculdade de provar se localiza na esfera de disponibilidade da parte sobre os assuntos debatidos no âmbito do processo, campo da autonomia individual amplamente sujeito aos efeitos da preclusão temporal.

Além disso, pode-se alegar que a incidência de efeitos da revelia é uma conseqüência extremamente drástica da preclusão e apesar disso é adotada em nosso Código de Processo Civil, afastando, nesta situação, qualquer comprometimento com a justiça. Ou seja, se a lei admite um prejuízo muito superior ao que se origina da preclusão da faculdade de produzir provas, haveria de admitir também esta.

Outrossim, o Código de Processo Civil prevê exceções justificadas que permitem expressamente a realização de uma prova “fora do momento adequado” (quando surge um fato novo ou uma prova nova – artigos 397 e 462 do CPC). Por esta razão, Büttenbender defende que o modelo estrutural do nosso Código traz presente a preclusão probatória, pois, se o Código prevê exceções, é porque a preclusão seria a regra.¹⁸⁹

Por fim, a favor da preclusão tem-se, ainda, o princípio da eventualidade,

¹⁸⁸ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 215-219.

¹⁸⁹ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 165.

que, adotado rigorosamente pelo CPC de 1973,¹⁹⁰ determina a concentração de atos processuais, impondo às partes que apresentem, já na inicial e na contestação, “todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si”.¹⁹¹ Neste raciocínio, a eventualidade da prova poderia ser compreendida como pertinente em face do que dispõe o art. 264 do CPC, e estaria caracterizada pela impossibilidade de a parte deduzir os meios de prova posteriormente às oportunidades específicas previstas em lei. Os efeitos negativos decorrentes do princípio da eventualidade seriam minimizados, segundo Eduardo Cambi, em razão de atingirem de modo equivalente todas as partes do processo.¹⁹² Assim, aduz que haveria de ter um limite para a especificação das provas, considerando a prejudicialidade que uma prolongação indefinida disto pode gerar. Sugere o autor que este limite ocorra ao término da audiência preliminar:¹⁹³

o direito à prova não é absoluto, devendo as partes respeitar os requisitos temporais e formais para a sua dedução. (...) se uma parte pudesse usar os meios de prova sem quaisquer limitações temporais, a duração do processo seria excessiva a ponto de prometer a tutelar jurisdicional dos direitos materiais.¹⁹⁴

No mesmo sentido, atesta Büttendbender que:

somente com uma interpretação comprometida com os interesses da celeridade e efetividade, aliada ao chamamento à responsabilidade inerente às partes e ao juízo, é que o ordenamento processual poderá servir como instrumento à realização da prestação jurisdicional adequada à plenitude da cidadania, tão almejada por todos.¹⁹⁵

Por tudo isso, como fatores favoráveis à incidência da preclusão sobre a atividade probatória, podemos citar, em síntese: os princípios da celeridade, da razoável duração do processo, da eventualidade, da auto-responsabilidade das partes, da lealdade processual e da segurança jurídica em matéria processual (evitar

¹⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁹¹ BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. In: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955, p. 59-66 – p. 61.

¹⁹² CAMBI, Eduardo. **A prova civil ...**, p. 31.

¹⁹³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil ...**, p. 28: “há de ter um limite, caso contrário a discussão fática poder-se-ia prolongar indefinidamente, prejudicando a imperiosa necessidade do Estado de resolver, com razoável grau de segurança, os conflitos de interesses. Esse limite para a especificação das provas a serem produzidas deve ser, via de regra, o do término da audiência preliminar, em que um dos objetivos é a fixação das questões controvertidas e, se for o caso, a determinação das provas a serem produzidas na audiência de instrução e julgamento (art. 331, §2º, CPC)”. E completa o autor, à p. 30: “(...) percebe-se, pois, que a liberdade facultada às partes, até o momento da realização da audiência preliminar, de modificar ou completar as suas deduções probatórias não é prolongada, de modo incondicionado, até o final da fase instrutória, estando sujeita a uma série de preclusões”.

¹⁹⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova civil ...**, p. 32.

¹⁹⁵ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Op. cit.*, p. 167.

“surpresas”), a necessidade de precisão na delimitação dos limites da controvérsia, o fato de o direito à prova não ser absoluto (ao que as partes devem respeitar os requisitos temporais e formais para a sua dedução e produção) e, por fim, o entendimento de o objetivo da prova não ser a “busca da verdade” (visto esta ser inatingível ao homem).¹⁹⁶

Todos esses argumentos são muito relevantes ao estudo do processo civil, e certamente não podem ser menosprezados. Todavia, conforme se passará a demonstrar, a tendência moderna do processo civil incita uma preocupação sincera com o efetivo acesso à justiça (que significa não só o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, mas, sobretudo, de poder usufruir de um processo rápido e justo), valor que deve nortear a interpretação de todos os mecanismos, procedimentos e institutos processuais. No campo probatório, isto incita uma maior valorização da busca da verdade real, no sentido de maior aproximação com a realidade dos fatos.

5.3 A PRECLUSÃO TEMPORAL E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Conforme já exposto nos capítulos anteriores, cabe ao juiz atuar ativamente na instrução probatória, conforme expressa autorização – senão determinação – do artigo 130 do Código de Processo Civil.

Importando ao juiz a busca da verdade material, a fim de lhe permitir julgar a causa com segurança, deve o juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas que reputar necessárias ao esclarecimento dos fatos suscitados pelos litigantes (CPC, art. 130).

Partindo-se do entendimento de que o juiz possui poderes instrutórios concomitantemente ao direito das partes de realizar provas, e considerando que os prazos previstos para o juiz são impróprios, conclui-se que, como regra, não cabe falar de preclusão temporal sobre a atividade probatória. Ainda que haja a imposição de regras para a instrução processual que disciplinam a atuação das partes, o juiz

¹⁹⁶ Não se olvide, ainda, que a celeridade processual é um fator presente no valor justiça, pois, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949, p.67, citado por FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 13).

possui ampla liberdade para “empregar os poderes que lhe confere o art. 130 e determinar a realização das provas que se lhe afigurem necessárias”.¹⁹⁷

Ademais, o juiz tem o poder-dever de julgar as causas que chegam a ele, não podendo esquivar-se desta função (CPC, art. 126). Além disso, tem o dever de decidir a partir de seu próprio convencimento, motivando sua decisão no conjunto probatório (CPC, art. 131). Se, assim como o juiz não pode se eximir de sentenciar, ele também não pudesse determinar a produção de provas que entende necessárias à elucidação dos fatos, teríamos um processo em que, mesmo havendo a possibilidade de se investigar mais a fundo a “realidade”, isto não ocorreria apenas para que formalidades processuais – a preclusão e o ônus da prova – fossem obedecidas. Para evitar tal situação e atingir o objetivo de justiça e aproximação da verdade é que o ordenamento faculta ao juiz participar ativamente na produção de provas.

Ou seja, a atividade judicial é muito complexa para que possamos resumi-la ao atendimento da preclusão, conforme expõe Teresa Wambier:

Voltando-se ao problema da preclusão, quando se pensa na figura do juiz, este se torna bastante delicado. Se, de um lado, a idéia de preclusão é necessária para que se possa até mesmo conceber o processo como sendo, sob certo prisma, um conjunto de atos interdependentes e concatenados, que se desenvolvem no tempo (e esse desenvolvimento deve ser irreversível), o que faz com que se possa asseverar que a idéia de processo *supõe* mesmo a noção de preclusão, de outro lado, **a atividade do juiz é influenciada, determinada e guiada por uma série de princípios, regras postas e até necessidades de ordem prática, além das regras da preclusão.** Com isso quer-se dizer que a **atividade do juiz, em matéria probatória (...) não se rege só pelas regras de preclusão.** A figura do juiz, como atuante no processo, é bastante complexa. Se de um lado, por isso, deve submeter-se, até certo ponto, às regras da preclusão, de outro tem ele, por exemplo, poder-dever de julgar o mérito, o que implica a necessidade de, às vezes, enriquecer, por sua iniciativa, o quadro probatório a que chegaram as partes. Além disso, o *juiz* dirige o processo, cabendo-lhe tomar providências no sentido de que o processo tenha rápida solução, no sentido de assegurar às partes igualdade de tratamento e, também, para prevenir ou reprimir atos que considere contrários à dignidade da justiça (grifo nosso).¹⁹⁸

Tanto é assim que, mesmo que o processo esteja concluso para sentença, o juiz pode converter o julgamento em diligência, caso entenda necessário. Nesta hipótese, o momento propriamente destinado à proposição e produção de provas já se finalizou, o que não impede, no entanto, que novas diligências serem determinadas.

Sendo incabível falar de preclusão temporal para o poder-dever que o juiz

¹⁹⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 229-230.

¹⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 494-495.

possui de determinar a produção de provas, tem-se que, indiretamente, também não preclui a faculdade das partes de proporem provas. Se o juiz pode determinar a produção de provas de ofício, pode também deferir diligências requeridas pelas partes.

Ademais, o ônus probatório deve ser encarado como uma regra de julgamento, ou seja, deve ser visualizado pelo juiz apenas no momento de decidir. Não que o juiz só deva declarar na sentença de qual das partes é o ônus da prova. Ocorre que, independente do momento em que o ônus da prova ou sua inversão é declarada pelo juiz (seja no saneamento do processo, seja na sentença), essa regra irá gerar efeitos tão somente na fase do julgamento do feito.

Em última análise, a **produção de provas não pode ser contextualizada apenas no âmbito de disposição das partes, pois, ainda que constitua uma faculdade processual dos litigantes, é, ao mesmo tempo, imprescindível para a adequada prestação jurisdicional** e, portanto, também recebe a influência publicista do processo. Isso significa dizer que a “verdade processual” interessa ao juiz à medida que este pretende proferir uma sentença justa e adequada – condizente com a realidade. E:

“se o interesse público é o interesse predominante, bem se compreende que o processo moderno seja um processo dominado pelo princípio do impulso oficial, que se contrapõe, ao princípio do impulso da parte, que seja um processo onde predomine o interesse pela verdade real, que se contrapõe à verdade formal de antigamente, que seja, enfim, um processo onde estão presentes inúmeros poderes do Juiz, para que ele possa bem conduzir a relação processual, no sentido de se prestar tutela jurisdicional adequada à realização dos direitos das pessoas”.¹⁹⁹

Conforme assevera Teresa Wambier, hoje prospera a “liberdade do juiz em matéria probatória”, ou seja, “hoje se vem paulatinamente difundindo a idéia de que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo”.²⁰⁰ **Isto significa dizer que a atividade judicial no âmbito probatória não deve mais ser compreendida como “subsidiária” à das partes e, conseqüentemente, significa assumir que a atividade probatória não preclui, visto que incabível falar-se de preclusão temporal para os atos judiciais.**

Enfim, se o juiz pode ordenar a produção de uma prova a qualquer tempo, tem-se que, como regra, não incide a preclusão temporal em matéria probatória.

¹⁹⁹ RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993. p. 42.

²⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 491 e 493.

Ressalve-se apenas que, conforme já mencionado, para alguns autores não há a possibilidade de indeferir a produção de uma prova anteriormente admitida, pois, nesta hipótese, recairia a preclusão consumativa ou *pro judicato*.

5.4 UMA VISÃO ATUAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Não obstante o processo civil ensejar, como regra, a defesa de interesses particulares, tem-se deduzido de sua natureza publicista o objetivo de buscar a verdade real, ou ao menos a aproximação da verdade formal com a verdade material (fática). E isso porque o principal escopo do processo civil brasileiro é, sem qualquer dúvida, a obtenção de sentenças justas, condizentes com a realidade. Por esta razão, a instrução probatória, cuja finalidade é a tentativa de elucidação dos fatos, influi diretamente na qualidade da sentença.

Dessa forma, a preclusão temporal sobre a produção de provas não deve ser aplicada com extremo apego ao rigor formal, pois isto pode levar a muitas injustiças. Não por outro motivo a jurisprudência e a prática forense acabaram por amenizar sua incidência: “a jurisprudência, no que concerne à matéria de prova, atenua a preclusão temporal, dando uma certa flexibilidade aos prazos fixados para as partes exercerem suas faculdades”.²⁰¹ Seria desconforme com a moderna sistemática do processo civil, tendente a minimizar o formalismo, que um fato provado com legitimidade, mas intempestivamente, fosse desconsiderado em virtude do desatendimento de uma regra eminentemente processual formal (prazo).

Isso não significa que a busca da verdade não possa sofrer limitações de qualquer espécie, mas sim que fincar o processo exclusivamente na celeridade, em detrimento da busca pela maior aproximação com os fatos e do atendimento das garantias processuais das partes, corrompe o ideal de justiça do processo.

O processo civil atual privilegia a justiça e não mais o formalismo, sendo hoje muito mais importante a tentativa de aproximação com a verdade real, pois, ainda que esta não possa ser apreendida em sua totalidade, é a sua busca que dá o sentido axiológico ao processo, sendo imprescindível a tentativa de se aproximar

²⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*, p. 90.

dos fatos reais para a construção de uma sentença justa e legítima. Ou seja, “é importante insistir que a possibilidade de, algumas vezes, não ser a verdade alcançada, não tem o condão de fazer concluir que não seja esse o fim do processo: a sentença justa somente é possível com a apuração da verdade sobre os fatos”.²⁰²

Questões delicadas que podem se confrontar com o caráter publicista do processo – e que foram citadas como argumentos favoráveis à incidência de preclusão temporal em matéria probatória – são o instituto da revelia e o princípio da eventualidade.

Quanto à revelia, cabe destacar, primeiramente, que a não incidência de preclusão em matéria probatória não significa a exclusão do instituto do ordenamento processual, pois o processo sempre deve ter um desenvolvimento ordenado, coerente, regular e sem retrocessos – para o que a preclusão é indispensável. Note-se que, se o réu não tivesse um prazo “fatal” para contestar, muito cômodo lhe seria não fazê-lo, pois nenhuma consequência sofreria.²⁰³ Portanto, embora drástica, a revelia é necessária, o que, porém, não impõe a obrigatoriedade de incidir a preclusão em situações menos gravosas, sendo admissível o abrandamento da preclusão sobre a instrução probatória, por exemplo, em prol da justiça.

Quanto ao princípio da eventualidade, importante visualizar que sua principal função é delimitar o objeto da lide. Porém, depois de delimitado o objeto e os fatos pertinentes ao pedido (ou seja, depois de preclusas as oportunidades das partes para exporem suas alegações), todas as provas admissíveis, pertinentes, relevantes e úteis, que se refiram ao objeto delimitado, podem ser produzidas, independentemente de virem arroladas na primeira oportunidade que cada parte se manifesta nos autos.

Frise-se apenas que não se nega à incidência de preclusão temporal na instrução probatória por constituir cerceamento de defesa. Sendo oportunizada a apresentação de provas, não há que se falar em cerceamento de defesa. Porém, a preclusão temporal em matéria probatória, se aplicada rigorosamente, opõe-se aos pilares do processo civil atual – quais sejam, a justiça material, a tentativa de aproximação da verdade formal com a real -, com a natureza publicista do processo

²⁰² FRANCO, Mariulza. *Op. cit.*, p. 399.

²⁰³ MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao contraditório?** In: Revista de Processo, vol. 17, p. 105-114, 1980. p.106: “não se pode deixar ao arbítrio das partes a escolha do momento procedimental adequado para a prática dos atos de seu interesse”.

(que persiste ainda que este veicule direitos privados e disponíveis) e com o poder instrutório do juiz.

Neste sentido, assevera Ivan Righi:

a tutela jurisdicional é prestada não só em atenção aos direitos subjetivos particulares como principalmente em atenção ao interesse público de impedir ou reparar qualquer lesão às regras de conduta do homem, na vida em sociedade estabelecidas pelo ordenamento jurídico material. (...) Estado presta a tutela jurisdicional; o faz antes de tudo em atenção ao interesse público, o faz antes de tudo para preservar as regras que ele mesmo lhe dita para o convívio social. Mas é claro que assim fazendo, presta também tutela ao interesse particular daquele que foi em busca de justiça.²⁰⁴

²⁰⁴ RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993. p. 42.

6 CONCLUSÃO

Partindo-se da premissa de que o Estado possui como fundamento de existência a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) – noção que engloba todos os direitos fundamentais -, impera que se ofereça aos cidadãos uma prestação jurisdicional adequada, como mecanismo efetivo de defesa dos direitos.

Uma prestação jurisdicional adequada requer procedimentos e técnicas processuais que viabilizem, ao mesmo tempo, justiça, celeridade e efetividade, valores que devem pautar o estudo do processo civil atual.

Neste contexto, o direito à prova possui estreita relação com a busca de uma decisão justa, pois, havendo matéria fática controvertida, a instrução probatória é imprescindível para que o juiz conheça os fatos o mais próximo possível da realidade e, conseqüentemente, tenha maiores chances de proferir uma decisão justa. Além disso, a prova é instrumento necessário para fiscalizar a atividade valorativa do juiz, evitando arbitrariedade, pois, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, que vigora em nosso ordenamento, o juiz deve obrigatoriamente motivar sua decisão no conjunto probatório produzido nos autos.

A prova deve ser compreendida, em primeiro lugar, como direito constitucional, posto que decorre dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, XXXV, LIV, LV). Sob outro enfoque, o direito à prova é imprescindível a uma “ordem jurídica justa” e à “legitimidade da tutela jurisdicional”.²⁰⁵ Por fim, o direito à prova é condizente com um Estado Democrático de Direito, pois possibilita aos cidadãos atuarem ativamente perante os órgãos estatais incumbidos da Jurisdição, quando a decisão a ser proferida lhes diga respeito.

Porém, o fato de o direito à prova ser um direito público subjetivo com fundamento constitucional, não o torna absoluto ou ilimitado material, formal ou temporalmente: a prova se sujeita a restrições legais e ao controle judicial. Daí porque é pertinente a análise sobre a aplicação do instituto da preclusão temporal em face da atividade probatória.

²⁰⁵ Ambas as expressões são de: CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 18.

A preclusão temporal certamente tem como preocupação o tempo. Porém, sua grande desvantagem é a sua falta de comprometimento com a justiça material e com a “busca da verdade”. Assim expõe Eduardo Cambi:

Esse sistema de preclusões tem desvantagens e vantagens. A maior desvantagem é sacrificar o interesse público na busca da verdade, que aconselharia conceder todas as oportunidades de dedução probatória, até o momento de proferir a sentença definitiva. Todavia, para que essa exigência fosse satisfeita, seria preciso sacrificar a celeridade processual, além de dar ensejo ao emprego de táticas dilatórias ou abusivas. Um procedimento, que não concentrasse as deduções probatórias em um determinado momento do processo, não prevendo preclusões temporais, daria margem para que o litigante mais astuto apresentasse os seus melhores argumentos somente quando o adversário não tivesse condições de opô-los eficazmente. Isso seria prejudicial ao escopo da obtenção da decisão justa, porque permitiria táticas surpresas que dificultariam o exercício do contraditório e acirrariam os ânimos, já conflitantes, dos litigantes, além de ser um incentivo ao abuso e à má-fé processuais, contrários à noção dialética do processo, fundada no diálogo, na compreensão e na colaboração entre o juiz e as partes, voltados para a pacificação com justiça dos conflitos de interesses.²⁰⁶

Indiscutivelmente, a celeridade processual (ou a falta dela!) é preocupação constante do processo, e certamente constitui uma faceta da justiça (para a justiça ser plena, há que se realizar dentro de um prazo razoável). Porém, com vistas ao atendimento da celeridade não se pode menosprezar a justiça material, que é o fim último do processo, sendo que, via de regra, uma decisão judicial justa requer uma instrução probatória que satisfaça o conhecimento do juiz acerca dos fatos. Desta forma, empecilhos desarrazoados ao direito probatório são inadmissíveis no processo de hoje.

Com efeito, não se pode querer resolver o problema da morosidade judiciária apenas com um sistema rígido de preclusões, sob pena de se cometer inúmeras injustiças e, pior ainda, de persistir o problema mediante a falsa percepção de que está resolvido, já que inúmeras são as causas da morosidade, sendo que a preclusão pode colaborar apenas sutilmente neste sentido.

Isto não significa dizer que a produção de provas e a “busca da verdade” não possam sofrer limitações de quaisquer espécies, mas que se faça o “balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em oposição, para que se possa decidir qual deles deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado”.²⁰⁷ Isso significa que para a solução da questão, há que se aplicar o princípio da proporcionalidade, procurando harmonizar os direitos, valores ou bens

²⁰⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 30.

²⁰⁷ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 452.

constitucionalmente protegidos, e sempre visando, como escopo primordial, a justiça, manifestada na concretização da decisão mais adequada e justa.²⁰⁸

Além disso, muito mais importante para evitar desperdício de tempo é que seja feito um rigoroso juízo de admissibilidade da prova quanto à pertinência, relevância, utilidade e legalidade, pois a produção de provas que não colaboram legitimamente para o esclarecimento dos fatos e para a solução do litígio é que configura desperdício de tempo.

Assim, conforme elucida João Batista Lopes, ao discorrer acerca da preclusão em face da instrução probatória, os valores em conflito são, precisamente, a busca da verdade (a função das provas em esclarecer ao juiz as condições reais) e a celeridade processual. Na conclusão do autor, é “da conjugação destes dois fatores que resulta o justo equilíbrio colimado pela moderna processualística”.²⁰⁹

Neste contexto, cabe ao juiz assumir com firmeza seu poder-dever de dirigir o processo, sem coibir o direito das partes à produção de provas, mas, ao mesmo tempo, impedindo abusos e protelação probatória, sempre visando o alcance da justiça²¹⁰ – que se traduz em um processo rápido e, concomitantemente, condizente com a realidade. Só assim é possível concretizar-se uma prestação jurisdicional adequada e, finalmente, materializar-se, ao menos neste aspecto, a dignidade da pessoa humana.

²⁰⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova civil** ..., p. 37: “as limitações probatórias podem ser justificadas a partir da compreensão do princípio da proporcionalidade, que procura harmonizar os diversos direitos, valores ou bens constitucionalmente protegidos. Como toda decisão entre dois interesses contrapostos, a escolha deve procurar dar a maior eficácia ao bem que se pretende tutelar. Desse modo, o princípio da proporcionalidade procura a compatibilização sistemática e axiológica das regras e dos princípios constantes no ordenamento jurídico, visando à concretização da decisão mais adequada e justa ao caso concreto. Além disso, o balanceamento dos bens e dos valores jurídicos é uma ferramenta útil que possibilita o exercício hermenêutico voltado à constante e progressiva evolução do direito”.

²⁰⁹ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o instituto da preclusão**. Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981, p. 50.

²¹⁰ RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993, p. 43: o artigo 125 do CPC “põe o Juiz na posição de órgão dirigente do processo, de órgão encarregado de velar pela rápida tramitação do processo sem prejuízo da defesa dos interesses das partes”; p. 44: “com os poderes de direção do processo, o magistrado fará com que o processo tenha tramitação rápida, sem prejuízo da defesa dos interessados, visando que possa ser prestada a tutela jurisdicional o quanto antes e do modo mais adequado possível”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, v. 1: parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

_____. **Manual de direito processual civil**, vol. 2: processo de conhecimento. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1940/1943, vol. 1.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992

BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. In: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2. ed. revista e atual., 2. t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed, rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994

BOMFIM, Edson Rocha. **Recurso especial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito Probatório, preclusão & efetividade processual**. Curitiba: Juruá, 2004

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

_____. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. – (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Coisa Julgada e Preclusão** (*Cosa juzgada y preclusión*). In: Ensayos de Derecho Procesal Civil, vol. III, tradução espanhol Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1949.

_____. **Instituições de direito processual civil**. V. 1, Tradução J. Guimarães Menegale. – Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Instituições de direito processual civil**. V. 3, Tradução J. Guimarães Menegale. – Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. Editora: Malheiros, 2005

DELGADO, José Augusto. **A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão**. In: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. ver. e atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba, Juruá, 1991.

FRANCO, Mariulza. **Máximas de experiência. Legitimação pela Fundamentação**. In: Estudos de Direito Processual Civil. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Vários autores. "Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão".

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o instituto da preclusão**. Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981.

_____. **Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil**. In: Estudos de Direito Processual Civil. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Vários autores. "Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão".

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo civil interpretado**. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Preclusões: limitação ao contraditório?** In: Revista de Processo, vol. 17, p. 105-114, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MOLITOR, Joaquim. **Plenitude de defesa**. In: Temas de processo civil: estudos em homenagem ao Professor Jorge Luiz de Almeida / coordenador Kiyoshi Harada. – São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. Atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. ver., ampl, e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Método, 2004

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**, v. 6: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495 / Sérgio Gilberto Porto; [coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva]. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**. Revista Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, nº 169, p. 41-50, 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito Constitucional à Jurisdição**. *In*: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tradução (para o espanhol): Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. II, p. 212.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A 'Plenitude de Defesa' no Processo Civil**. *In*: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95**: doutrina, jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos; [orientação Arruda Alvim]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 37).

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania**. *In*: As Garantias do cidadão na justiça / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.