

# REVISTA DE PROCESSO

ISSN 0100-1981

**Director:** Arruda Alvim.

**Director Responsável:** Carlos Henrique de Carvalho Filho.

**Coordenadora:** Teresa Arruda Alvim.

## CONSELHO INTERNACIONAL:

Adolfo Celso Bidart (Uruguai), A. Pérez-Gordo (Espanha), Arved Blomeyer (Alemanha), Carlos de Miguel (Espanha), Cipriano Gómez Lara (México), Edoardo Garbagnati (Itália), Enrico Alberto (Itália), Enrique Vescevi (Uruguai), E. Tullio Liebman (+) (Itália), Faustino Gutiérrez-Alvix y Armario (Espanha), Fernando Pessoa Jorge (Portugal), Fritz Bauer (+) (Alemanha), Gian Antonio Michel (+) (Itália), Giuseppe Tarzia (Itália), Héctor Fy-Zamudio (México), Hernando Devis Echanda (Colômbia), Humberto Briceno Sierra (México), Humberto Molero Romero (Venezuela), Ignacio Melina (Alextel), Jesus Gonzalez Pérez (Espanha), João de Castro Mendes (+) (Portugal), Jorge Antonio Zepeda (México), José Rodrigues Urraca (Venezuela), José Tome Paule (Espanha), Karl Heinz Schwab (Alemanha), Lino Enrique Palacios (Argentina), Luiz Alberto Vieira (Uruguai), Luiz Loreto (Venezuela), Manuel Abonin (Espanha), Mauro Veliani (Itália), Mauro Cappellenti (Itália), Othmar Jaenring (Alemanha), Pedro Castro (Espanha), Renzo Provinciali (Itália), Roger Ferrer (França), Rudolf Bruns (+) (Alemanha), Santiago Scitiz Melendo (+) (Argentina), Victor Faicón Guillén (Espanha), Walter Fusching (Áustria), Wolfgang Grunsky (Alemanha).

## CONSELHO DE ORIENTAÇÃO — Presidente: Theresia Alvim.

A. F. Cesarino Júnior (+), Adriano Murex, Alcides de Mendonça Lima, Alfredo Buzaid (+), Amílcar de Castro (+), Ana Cândida da Cunha Ferraz, Ari Florêncio Guimarães (+), Basílio Garcia (+), Bruno Alfonso de Andú, Celso Aguiar de Barbi, Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Neves, Clio Fornaciari Júnior, E. D. Menezes Aragão, Fernando da Costa Tourinho Filho, Galeno Lacerda, Genil do Carmo Pinto, Geraldo A. Filho, Gilberto Quintanilha Ribeiro, Hamilton de Moraes e Barros, Haroldo Vailhadas (+), Hélio Tomaghi, Henrique Augusto Machado, Henrique Fonseca de Araújo, Hermino Alberto Marques Porto, Jacy de Assis, J. J. Calmon de Passos, João Afonso Borges, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, José Afonso da Silva, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Pereira de Oliveira, José Carlos Moreira Alves, José de Moura Rocha, José Frederico Marques (+), José Geraldo Rodrigues de Alekmin (+), José Ignacio Botelho de Mesquita, Lauro Malmberos (+), Luis Antônio de Andrade, Luis Estúlio de Buzen Vidigal, Márcio Martins Ferreira, Moacyr Amaral Santos (+), Moacyr Lobo da Costa, Mozart Victor Rasmussen, M. Seabra Figueiredo, Osvaldo Araújo Bandeira de Mello (+), Pomes de Miranda (+), Roney Press de Campos Barros, Ronaldo Porto Macedo (+), Silvio Figueiredo Teixeira, Sérgio Ferraz, Sydney Sanchez, Victor Nunes Leal (+), Waldemar Mariz de Oliveira Júnior.

## CONSELHO EDITORIAL:

Aida Pellegrini Grinover, Amauri Mascaro do Nascimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antônio Carlos Marcato, Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., Araken de Assis, Athos Gineza Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cláudio Mesquita de Barros Junior, Celso Ribeiro Bastos, Coqueijo Costa (+), Desiderio Mendes Pereira (+), Dirceu de Mello, Djajana Negretos Pentecosta, Donald Arneida, Edson Ribas Malachuk, Emílio Bastos de Barros, José Rogério Cruz e Tucci, Jurandy Nilsson, Kazuo Yamahata, Magnólia Santiago Guerra, Marcos Antonio Borges, Milton Exantoso dos Santos, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Paulo Enrídio Andrade de Vilhena (+), Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Laura Tucci, Roque Konrath, Sérgio Bernades, Tomás Parí Filho (+), Vicente Greco Filho, Willis Santiago Guerra.

## CONSELHO DE REDAÇÃO:

Alcides Munhoz da Cunha, Antonio Alberti Neto, Antonio Carlos Manes de Arruda, Antonio Cezar Peluso, Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Antonio Rysolin, Carlos Alberto Carmona, Carlos Eduardo de Carvalho, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Fábio Luiz Gomes, Francisco José Cabral, Gisela Heloisa Cunha, Gisela Zisch, Henrique Fagundes Filho, James José Martins de Souza, José Eduardo Carvalho Pires, José Roberto Bedaque, José Scaramuzza Fernandes, Luiz Edson Fachin, Luiz Guilherme Marinho, Luiz Kubinsky, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Sérgio de Souza Riva, Luiz Vicente Pellegrini Porto, Manoel Caetano, Marcelo Guerra, Marcus Vincius de Abreu Sampau, Mathias Lambauer, Odilon Ferreira Nobre, Plínio Neves da Cunha Cintra, Rita Gianesini, Rubens Lazzarini, Rui Geraldo Camargo Vianna, Sérgio Gilberto Porto, Sérgio Scipi Shimura, Sidney Agostinho Benetti, Stória Marcia Hase de Almeida Baptista, Studý Gonçalves, Ubiratan do Couto Maurício, Willis Santiago Guerra Filho.

## SUMÁRIO

... "Apprezzo molto e leggo regolarmente la Revista de Processo e sarà sempre onorato di collaborarvi. Colgo anche l'occasione per farle i più vivi complimenti per la Revista, che è certamente divenuta una delle pubblicazioni periodiche più importanti in materia processuale. MAURO CARPELLI".

### DOCTRINA NACIONAL

#### Direito Processual Constitucional

ALGUNS ASPECTOS DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE — Arnoldo

Wald

7

#### Direito Processual Civil

EFICÁCIA E AUTORIDADE DA SENTENÇA NO JUÍZO DEMARCATÓRIO DIVISÓRIO —

Cândido R. Dinamarco

20

ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL NO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL — J. E. Carreira Alvim

36

TUTELA JURISDICCIONAL MERAMENTE DECLARATÓRIA — Flávio Yarschell

42

#### Direito Processual Tributário

ASPECTOS DA COISA JULGADA EM QUESTÕES TRIBUTÁRIAS — Hugo de Brito Machado

55

O SALDO REMANESCENTE NA EXECUÇÃO FISCAL — Antonio Vital Ramos de Vasconcelos

69

INSTRUMENTOS DE DEFESA DO CONTRIBUINTE — Leon Frejda Szklarowsky

77

### ATUALIDADES NACIONAIS

EFETIVIDADE E PROCESSO CAUTELAR — Carlos Alberto Aivaró de Oliveira

88

ESTADO CONDENADO A INDENIZAR MORTE EM ASSALTO — Luiz R. Nunes Padilha

94

AÇÕES COLETIVAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA — James Martins

97

A MULHER E O PODER JUDICIÁRIO — Maria Berenice Dias

104

### ATUALIDADES INTERNACIONAIS

COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

FRENTE A LA LEGISLACIÓN PROCESAL BRASILEÑA — José Carlos Barbosa

Moreira

107

### CONFERÊNCIAS

PROVAS ATÍPICAS — José Carlos Barbosa Moreira

114

LEGITIMIDADE PROCESSUAL E AÇÃO POPULAR NO DIREITO DO AMBIENTE — Miguel

Teixeira de Sousa

127

REFLEXÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA — Teresa Arruda Alvim

141

PROVAS ATÍPICAS\*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

O tema escolhido para esta palestra foi o das chamadas provas atípicas ou inominadas. Estou convencido de que esse tema tem importância prática muito maior do que revela o tratamento doutrinário a ele dado até agora. Espero por em evidência que todos nós, juízes, algumas vezes, senão muitas, teremos tido a oportunidade de utilizar provas atípicas; em certos casos, até sem consciência muito nítida do que estávamos fazendo naquele momento.

Gostaria de partir da leitura do art. 332 do CPC vigente, que assim dispõe: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa".

O legislador de 1973, com esse dispositivo, tomou posição nítida, clara com referência a um problema que já era anteriormente discutido no plano doutrinário, com reflexos no plano jurisprudencial. Para nos limitarmos a um único exemplo: sabemos que no CPC de 1939 não havia referência expressa nem disciplinária própria para a inspeção judicial. Nem por isso ela era estranha à prática judiciária desenvolvida sob a vigência daquele diploma.

Repto que a matéria tem, a meu ver, importância prática muito maior do que a que se poderia imaginar à primeira

vista. E repito também que todos os juízes já devem ter tido a oportunidade de valer-se para a aquisição de conhecimentos sobre fatos, de fontes não expressamente previstas na lei, ou pelo menos de forma diversa da especificamente indicada no texto legal.

Ora, isso justificaria uma atenção mais intensa, mais constante e profunda, para permitir melhor sistematização da matéria. Se se trata de instrumento utilizado com frequência na prática, como penso que ficará claro, não é menos importante e necessário a sistematização segundo critérios de certa nitidez, a fim de evitar abusos e permitir que da utilização desse instrumento se possam obter melhores resultados, que é o que todos nós desejamos, já que a utilização de provas, de meios de conhecimentos sobre os fatos relevantes, é, em regra — ninguém ignora —, um ponto crucial do processo. A grande maioria dos litígios — todos nós temos essa experiência — encontra solução no exame dos fatos, por meio das provas. É muito raro um processo em que as questões relevantes sejam puramente de direito. Em regra, a cruz está nos fatos e, portanto, nas provas.

Como se pode conceituar a prova atípica? Evidentemente, por oposição à prova típica. O conceito de atipicidade, obviamente, pressupõe o conceito de tipicidade, e define-se por oposição a ele.

Há dois possíveis modos de oposição. Por duas diferentes perspectivas, ou de dois diferentes pontos de vista, podemos conceber que uma prova divirja da prova típica e, por isso, mereça ser considerada

atípica. Essa dualidade de modos de manifestar-se do fenômeno foi posta em realce por alguns juristas que se ocuparam da matéria, sobretudo na Itália, e principalmente pelo Prof. Michele Taruffo, que é hoje, penso eu, o mais notável estudioso do assunto "prova", no processo civil. O Prof. Taruffo, em trabalho já não muito recente, dos anos 70, mostrou que essa divergência, essa diferença, essa oposição da prova atípica à prova típica, podia manifestar-se por duas maneiras diversas: ou a prova era atípica por constituir espécie diferente daquelas reguladas na lei, ou a prova era atípica porque colhida de modo diferente, por forma diferente da utilizada na prova típica que a ela correspondesse.

Há uma dificuldade que desde logo se põe, no tocante à primeira modalidade: uma prova atípica que o fosse por constituir espécie nova, espécie diversa daquelas reguladas na lei. Vou tentar explicar em que consiste essa dificuldade. É que as provas reguladas na lei — e o que eu digo se aplica tanto ao CPC brasileiro, como à generalidade das legislações processuais —, em regra, esgotam todas as possibilidades de aquisição de conhecimentos sobre fatos, no que diz respeito às possíveis fontes desses conhecimentos, que são finitas, limitadas.

De onde é que podemos haurir conhecimentos sobre os fatos relevantes para a solução de litígios? Podemos haurir-los de pessoas (partes, terceiros); de coisas que sejam submetidas a exame; de fenômenos naturais, observando, por exemplo, a maré, o nascer do sol, o pôr do sol, porque pode ser importante saber se em determinado dia do ano um desses fenômenos se verificou em certa hora ou noutra, com tal ou qual intensidade; ou mesmo de fenômenos artificialmente provocados, como é o caso dos exames de laboratório.

Não há outras possibilidades. Não podemos contar com outras fontes. É certo que é até possível conceber que

algun juiz se sinta, de repente, por assim dizer, "iluminado pelo Espírito Santo", mas dificilmente conseguiria formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistiria sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno...

Então: pessoas, coisas ou fenômenos materiais. Ora, as provas típicas cobrem, perfeitamente, todas essas possibilidades; eu até diria: com a ocorrência de certas superposições. Vejam que em nosso Código estão reguladas, em partes distintas, a prova documental e a exibição de documento ou coisa, quando, na verdade, a fonte do conhecimento é sempre a mesma, é um documento. O que é que distingue, o que é que se pode imaginar que justifique o tratamento separado dessas duas modalidades? Exatamente a forma pela qual o documento chega ao exame do juiz. Num caso, o documento é trazido, como normalmente acontece, pelas partes; de preferência, pelo autor, junto com a inicial, e pelo réu, junto com a defesa. No caso da exibição, a forma é diferente, o itinerário percorrido pelo documento apresenta certas peculiaridades. É o juiz que ordena, de ofício ou a requerimento, aquela exibição mas, no fundo, trata-se, sempre de analisar um documento, tanto num caso como no outro. É que essa especificação feita nas leis processuais não obedece a critérios rigorosissimamente lógicos. Se obedecesse, não teríamos essas superposições. Vejam outro exemplo: a inspeção de coisa. Ela também visa a explorar uma fonte de conhecimento que é a mesma da exibição de coisa. Se fossemos arrumar isso de acordo com critério absolutamente lógico, não se justificaria essa separação, porque a fonte do conhecimento é sempre a mesma. O que varia — repito — é a forma, é a maneira pela qual o juiz retirar dela conhecimentos úteis ao esclarecimento dos fatos relevantes.

\* Texto revisado de palestra proferida em 9.8.93, na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. Mantive-se o estilo oral.

Assim, é principalmente por este ângulo que se prefere hoje estudar o fenômeno das chamadas provas atípicas. Não é tanto a possibilidade de que nós inventemos provas diferentes daquelas tradicionais, do ponto de vista da fonte em que vamos buscar o conhecimento. Não é tanto por aí que se pode e se deve estudar o problema da atipicidade. É mais, e de preferência, pelo ângulo da forma. Como é que podemos ter acesso a fontes de informação por modos diferentes daquelas expressamente previstos e regulados?

Essa colocação, por sua vez, suscita, desde logo, uma objeção, que na verdade, tem sido feita. Foi feita com grande veemência, na Itália, por outro processualista chamado Cavallone. Esse autor objetou da seguinte maneira: se é assim, não temos o direito de falar em provas atípicas, porque tudo que estaria realmente acontecendo seria a utilização das mesmas fontes de conhecimento tradicionais, por uma forma diversa da prevista na lei e, portanto, ilegal, de modo que a prova atípica seria, nada mais, nada menos, do que uma prova típica irregularmente colhida, e — aqui vem o ponto que eu consideraria mais importante da crítica feita por esse jurista — sem a observância daquelas garantias que a lei estabelece para a colheita das chamadas provas típicas.

Estaríamos num terreno positivamente muito suspeito de ilegitimidade, na medida em que nos aventurássemos a procurar ter acesso às mesmas fontes capazes de fornecer-nos informações, mas por forma diversa daquela prevista na lei. Tenha-se em mente que a disciplina legal é formulada e estabelecida com o fim de preservar certas garantias para as partes, notadamente, acima de tudo, a garantia do contraditório. Como poderíamos investigar que o juiz tivesse a liberdade de explorar essas mesmas fontes por formas diferentes, despojadas de tais garantias? A conclusão de Cavallone é que não se justifica falar em prova atípica. Na ver-

dade, estaríamos diante de provas ilegais, de provas ilegalmente colhidas.

Sucedo que essa é uma das matérias em que, ainda quando uma argumentação crítica tenha certa aparência de rigor lógico, prevalecem as necessidades práticas, as exigências de ordem pragmática e, sobretudo, o que é também muito importante, o desejo de não desperdiçar possibilidades outras de ter acesso à fonte de informação, preocupação perfeitamente justificável e até desejável, porque o juiz deve, sem dúvida, preocupar-se em aprofundar, tanto quanto possível, os seus próprios conhecimentos sobre os fatos, a fim de que possa, afinal de contas, julgar com justiça. Uma das condições básicas para que se possa julgar com justiça é o conhecimento, tanto quanto possível, aprofundado e completo, dos fatos relevantes para a solução do litígio.

Essa visão prática, esse entoque pragmático, essa perspectiva inspirada no desejo de julgar melhor acaba por predominar sobre certos escrupulos de ordem lógica, ou mesmo de ordem dogmática. E a realidade está diante de nós; em todos os países se admite, em maior ou menor grau, essa possibilidade de acesso a fontes de conhecimento por forma diversa daquela especificamente prevista na lei para determinada prova típica. Na doutrina, por exemplo, a despeito das objeções de Cavallone e de outros, predomina largamente a tese da possibilidade de utilização de provas atípicas ou inominadas, embora não exista disposição análoga à do nosso art. 332 no Código de Processo Civil Italiano.

O art. 332 do nosso estatuto processual — diga-se entre parênteses — inspirou-se numa lei processual pouco conhecida, mas muito bem feita, que é o Código de Processo Civil do Estado do Vaticano. (Não se confunda com o Código de Direito Canônico, que tem uma parte de disposições de ordem processual). Trata-se de código que deve ser muito pouco usado, na prática. Imaginem os litígios

de ordem civil, não de ordem canônica, no Estado do Vaticano: devem ser pouquíssimos. Talvez uma ou outra ação de perdas e danos por atropelamento na Praça de São Pedro... De qualquer maneira, a lei existe e é bem feita. Ela, por sua vez, se inspirou, em grande parte, num famoso projeto dos anos 20, feitos por Francesco Carnelutti, com vistas a uma reforma da legislação processual, que se frustrou naquela época. Mas esse projeto, a despeito de não ter produzido frutos no país de origem, curiosamente, influenciou legislações posteriores, inclusive o nosso Código, em parte diretamente, e em parte por meio da influência que ele já havia exercido no Código de Processo Civil do Vaticano.

O art. 332, como dezenas de outros artigos do nosso CPC, inspirou-se no Código do Vaticano. Alguns desses dispositivos constituem, por assim dizer, traduções literais dele. O que digo não é uma crítica; é apenas o resultado de uma verificação. E não é uma crítica porque, em muitos casos, foi bom que o nosso legislador se houvesse inspirado numa lei bem feita, ao contrário do que, infelizmente, tantas vezes acontece.

Como dizia, na Itália, a despeito da inexistência de uma norma como esta, tem-se admitido a utilização de provas atípicas, principalmente no sentido que acabo de explicar, isto é no sentido da obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas. Também na Alemanha, principalmente por construção jurisprudencial, se tem admitido a chamada *Freibeweis*, literalmente "prova livre", sobretudo no que concerne à apuração de fatos suscetíveis de serem tomados em consideração de ofício pelo juiz: por exemplo, os fatos relativos ao controle dos pressupostos processuais, matéria, como sabemos, sujeita ao controle *ex officio* pelo órgão judicial. Ora, se nesses países, mesmo sem norma expressa que consagre tal possibilidade, ela

é admitida, *a fortiori* não há porque duvidar dessa mesma possibilidade entre nós. Estaríamos até desobedecendo ao art. 332, se entendêssemos que o elenco das provas contidas e reguladas expressamente na lei seria realmente exaustivo, e não comportaria qualquer variação. No Brasil, para obedecer à lei, temos de admitir a possibilidade de provas atípicas; do contrário, esvaziaríamos totalmente o conteúdo do art. 332.

Vamos, agora, baixar um pouco da teoria à prática e ver alguns casos em que essa temática, por assim dizer, "aterrissá" na nossa prática judiciária. O primeiro problema que se põe é o dos conhecimentos que podemos obter de terceiros, isto é, de pessoas que não são partes na causa. Qual é a forma tradicional, que logo nos vem à mente, quando pensamos na hipótese de tentar obter de terceiros conhecimentos relevantes para formar a nossa convicção a respeito dos fatos necessários ao deslinde do litígio? A prova testemunhal. Normalmente, o terceiro que informa alguma coisa é ouvido na qualidade de testemunha. E, quando isso acontece, não há dúvida nenhuma de que as formas consagradas na lei devem ser obedecidas, porque essas formalidades são inspiradas no propósito de que se preservem determinadas garantias. A forma, bem entendido: não o formalismo processual, que é algo, francamente, a esta altura, obsoleto; mas a observância de certas formas é requisito indispensável para o respeito de determinadas garantias fundamentais. Não se pode pensar num processo inteiramente informal, porque cada juiz procederia de um modo e, obviamente, não se asseguraria um mínimo de igualdade no tratamento dos vários litigantes. Voltando ao ponto que interessa: a maneira tradicional, a figura que logo nos acode ao espírito quando pensamos na necessidade de obter de terceiros informações sobre os fatos relevantes, é a prova testemunhal. Mas, todos nós, juízes, já ob-

tivemos de terceiros informações por outras formas; tenho a certeza disso.

Vejam que em alguns casos a própria lei abre expressamente essa possibilidade. Por exemplo, na lei relativa à ação de alimentos, em várias disposições, não só se permite como se ordena ao juiz que se dirija à entidades, como repartições de imposto de renda, empresas, outras entidades em que o devedor de alimentos porventura trabalhe, para obter informações sobre as possibilidades que ele tem de prestar alimentos ao credor. Ora, essa é uma forma diferente. Não diria que é atípica, porque nessas hipóteses ela já está tipificada; ela já foi transformada pela lei numa subespécie típica.

Aliás, o próprio CPC, no art. 399, por exemplo, também prevê a possibilidade de o juiz dirigir-se a repartições públicas para delas requisitar certidões necessárias à prova das alegações das partes. Estamos aí, também, no campo do acesso a terceiros capazes de prestar informações úteis à solução do litígio, sem o procedimento típico tradicional da prova testemunhal. E não se suponha que é um fenômeno limitado ao âmbito das pessoas jurídicas. Certamente aí ele se manifesta com maior intensidade; quer dizer: é mais comum que obtenhamos informações fora dos padrões ortodoxos da prova testemunhal quando se trata de pedi-las a pessoas jurídicas. Mas o fenômeno não se limita a isso; e, se me permitem uma ligeira observação no plano do direito comparado, num país como a França, por exemplo, o Código de Processo Civil ora em vigor, que data de 1975, regulou expressamente a *preuve par attestation* ao lado da prova testemunhal, sem limitação a pessoas jurídicas. Quer dizer: lá é perfeitamente normal, e diria, já agora é típico, o procedimento consistente em obter informações de terceiros, não pela forma tradicional, que seria ouvir esses terceiros em juízo, como testemunhas, mas sim, simplesmente, por meio de documentos escritos. E o Prof.

Jacques Normand, em artigo recentemente publicado, informa que essa modalidade vai predominando na prática judiciária sobre a inquirição da testemunha pelo método tradicional, certamente graças à maior comodidade do seu emprego, que evita gastos de dinheiro e de tempo.

Tenho a certeza, também, de que no Brasil pelo menos a maioria dos juízes presentes já teve oportunidade de valer-se de informações fora das hipóteses legalmente previstas e fora também do procedimento tradicional ortodoxo, como sagrado na lei para a tomada da prova documental. Por exemplo, pedido de informação a um estabelecimento de ensino sobre a situação de determinado menor que lá se achava matriculado; pedido de informação a um hotel sobre a presença ou ausência de determinada pessoa em certo dia; pedido de informação a um hospital sobre fatos que possam ter ocorrido com enfermo ali internado. Penso que todos nós já tivemos a oportunidade de agir dessa maneira ou de maneira análoga. Já vimos até em autos, declarações de particulares: em matéria, por exemplo, de família, não é raro que apareçam comunicações de terceiros (pessoas físicas) que prestam esclarecimentos ou dão informações sobre o comportamento das partes.

Menores, no sistema do CPC, não podem ser ouvidos como testemunhas; mas todos nós já ouvimos menores em determinados processos. Eu já ouvi, e orgulho-me de tê-lo feito, mesmo antes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Lembro-me de um caso em que o fato de ter chamado os menores e de tê-los ouvido me proporcionou uma das maiores satisfações que tive durante todo o período do exercício da judicatura. Tratava-se de saber se esses menores, que estavam confiados à guarda de um parente, depois da separação dos pais, deviam passar as férias, ou a maior parte delas, com o pai ou com a avó materna. A causa chegou-

me como relator já em grau de embargos infringentes. E eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução; só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me — contrariando um pouco a praxe — a chamar os menores e ouvi-los. Achei que a melhor fonte eram os próprios menores. Eram dois adolescentes; afinal, tenho quatro filhos, e não é uma coisa inédita para mim conversar com adolescentes. Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar, dei-lhes sorvete, mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para, ganhar confiança. Depois, falei sobre futebol... Levei uma tarde, mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos, o que disseram me deu a convicção sólida de que a avó era uma autêntica "megera". Eles preferiam tudo a passar as férias em casa dela. Os menores não eram partes no feito, nem foram ouvidos como testemunhas; mas foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que se pudesse dar uma solução justa. No dia da sessão do Grupo, evidentemente, expus o que tinha ouvido dos menores, e a solução foi reduzida ao mínimo possível a permanência deles em casa da "megera". Eis aí um exemplo que, provavelmente, deve ter tido análogos na experiência judicante de muitos dos que estão aqui presentes.

Voltando ao texto legal, vejamos que o art. 341 do CPC estabelece o seguinte: "Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

I — informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;

II —...."

Essa disposição tem amplitude muito grande. Ela estabelece, eu até diria, o dever para todos os terceiros do mundo, que possuam conhecimentos em relação a determinado litígio, de informá-los ao juiz. Sabemos que as pessoas não se dispõem facilmente a sair da sua comodidade, da sua rotina, para vir à justiça.

Às vezes até relutam bastante quando são intimadas para depor como testemunhas; imaginem querer que venham espontaneamente... Mas, de certa maneira, o que a lei indica é isso: que o terceiro que saiba de fatos relevantes deve informá-los. Ora, não é impossível que, mais dia, menos dia, um dos senhores receba no gabinete a visita de pessoa que diga: eu sei coisas importantes a respeito deste litígio e quero informar. Como fazer? É claro que, sempre que possível, essa pessoa deve ser ouvida como testemunha, com observância de todas as formalidades. Há um princípio da "preferência pela forma típica", se posso adiantar um pouco o que melhor estaria colocado na parte final da exposição.

Mas o juiz pode receber comunicação escrita de alguém que está informando fato relativo a alguma causa sob a sua direção. O art. 429 do Código faz uma referência curiosa à possibilidade de que o perito ouça testemunhas: "Para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações..."

São dados que vão chegar ao juiz, por assim dizer, de segunda mão. O perito vai consignar no seu laudo que ouviu determinada testemunha e ela lhe forneceu certas informações, das quais ele não dispunha. É preciso que essa pessoa seja levado em conta, ainda que não tenha tido contato direto com a pessoa, os dados que o perito lhe trouxe a esse respeito?

Eis aí um caso a que eu não chamaria, propriamente, atípico, porque a lei o tipificou. Assistimos a um fenômeno progressivo de assimilação, pela lei, dessas formas, que primeiro se vão criando à margem dela. Vejam bem, o processo, em geral, é esse: as necessidades práticas vão sugerindo modalidades de exploração das fontes de conhecimento ainda não expressamente consagradas. E, pouco a pouco, o legislador, atento às lições

da experiência prática, vai incorporando essas modalidades à lei; em consequência, a prova, que era atípica, passa a ser típica, porque já agora consagrada em alguma disposição legal.

Outro tópico importante, sempre mencionado quanto se trata da matéria, é o dos indícios e presunções. O nosso CPC vigente, ao contrário do anterior, que dedicava ao assunto algumas poucas disposições, é inteiramente silencioso a respeito de indícios e presunções. Todos sabemos, todavia, que é absolutamente inconcebível que tentemos excluir, de todo, a relevância de indícios e de presunções. Eu me refiro, aqui, às presunções judiciais, e não, obviamente, às legais; refiro-me às presunções que o juiz forma com base nos indícios. A presunção judicial consiste na extração de conhecimento novo a partir de fato que é diferente, que não se confunde com o fato relevante para a solução do litígio. Então, há na verdade dois fatos: o fato-indício e o fato a cujo respeito preciso formar convicção para decidir a causa. Vamos aqui utilizar um exemplo que é mais do processo penal, mas que também não deixa de ser relevante para o processo civil: o indício, por excelência, é o *álibi*, indício negativo de autoria. Em que consiste o *álibi*? Consiste no fato de o suspeito de ter praticado o fato na verdade encontrar-se alhures no momento em que o fato foi praticado. São dois fatos distintos. Uma coisa é eu ter ou não ter atropelado alguém; outra coisa é eu estar ou não em Itaperuna no momento em que o acidente ocorreu no Rio. São dois fatos distintos, mas há entre eles uma relação: dada a nossa impossibilidade de estar em dois lugares ao mesmo tempo, nós que somos desprovidos do dom da ubiqüidade, se demonstro que estava em Itaperuna, *ipso facto* forneço ao juiz um meio pelo qual ele vai chegar à conclusão segura de que não fui eu que atropeliei a vítima no Rio de Janeiro, naquele mesmo dia e naquela mesma hora.

Pois bem. A presunção judicial consiste em extrair, a partir do indício, um conhecimento novo. Essa aquisição é feita por um procedimento que não está regulado na lei; o Código não se refere a ele, e, no entanto, nós usamos esse meio a todo momento na nossa atividade judicial. Não poderíamos prescindir dele; nem conseguimos imaginar a possibilidade de exercer a nossa atividade sem empregar esse meio.

Há outra problemática, que se abre a partir da verificação de que a moderna tecnologia põe à nossa disposição uma série de instrumentos que podem ser muito úteis na apuração da verdade dos fatos. Começou-se pelo telegrama, que já não é tão novo assim e está previsto na lei. Depois veio o telex, depois o fax; temos aí o chamado "documento informático", e sabe Deus o que mais virá, porque o desenvolvimento e o progresso da técnica não comportam limitação. A técnica é algo que progride sempre, constante e indefinidamente, de modo que o número de instrumentos que a tecnologia põe à nossa disposição é suscetível de ampliação indefinida. E não podemos, evidentemente, ignorar a utilidade desses instrumentos. Seria queremos ficar parados no tempo.

Ora, aí surge a seguinte questão: essas realidades comportam enquadramento na lei? Eu diria que, em parte, sim, porque o Código, ele próprio, adotou um conceito de documento muito amplo. O conceito tradicional de documento referia-se, sobretudo, a uma peça escrita e, de preferência, subscrita. Quando pensamos em documento, no sentido tradicional da palavra, pensamos num escrito, de preferência, subscrito. Esse é o documento com o qual estamos mais familiarizados, seja ele público ou particular. Mas, pouco a pouco, as coisas mudam. Então, a própria lei adota conceito mais amplo de documento. Vejam, por exemplo, o art. 383: "Qualquer reprodução mecânica, como fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie..."

Sabidamente, o legislador introduziu aqui uma cláusula genérica, que, portanto, não coloca uma "camisa de força" no intérprete. É possível embutir aqui todas as novidades tecnológicas que forem aparecendo e que tenham alguma analogia com as mencionadas. É verdade que o Código ainda é muito formalista quando trata da valoração desse tipo de prova e faz exigências que hoje raíam pelo ridículo, como reconhecimento de firma do original no telegrama. Imaginem um fax, por exemplo, passado, urgentemente, de um escritório para outro. Hoje em dia o fax é um instrumento de trabalho cotidiano em tantos setores da atividade humana. Vai-se reconhecer a firma no original? Isso não tem sentido. E —

desculpem-se agora faço aqui um parêntese crítico — a mim me surpreende muito que certos tribunais hesitem em receber, à distância, petições e recursos encaminhados por meio de fax. Acho que é uma manifestação — desculpem o termo, com todo o respeito — de reacionarismo judicial. O Prof. Moniz de Aragão, em trabalho ainda recente, falou de "trabugices". E, realmente, os argumentos que se utilizam são, no mínimo, curiosos. Diz-se que a cópia do fax tem uma tendência a esmaecer, a tornar-se menos clara com o tempo. Ora, eu, por exemplo, tenho, em minha casa, grande quantidade de cartas recebidas por fax já há mais de um ano, ou dois anos, que continuam perfeitamente legíveis. Mas: a admitir-se que haja essa tendência, a resposta é muito simples: de duas uma, ou o documento permanece legível e o problema não existe, ou o documento se torna ilegível e o risco foi de quem preferiu usar esse meio. Nesse caso, que não se chegue do recurso, por ilegível. Ou, então, que se diga: é preciso que se junte o original. Interpõe-se o recurso por fax, porque é urgente, e depois se junta o original. Agora, exigir que a junta do original seja feita no mesmo prazo de interposição do recurso, *data*

*venia*, não tem sentido. Então, para que o fax? Se se tem de juntar o original no próprio prazo de interposição, o fax tornou-se inteiramente desnecessário!

Retomo o fio das minhas considerações. A despeito da ampliação conceptual do documento, que se faz para permitir a inclusão desses vários meios que a tecnologia moderna nos vai proporcionando, é sempre possível que sobre algum resíduo. É sempre possível que determinado instrumento não possa, de maneira nenhuma, ser incluído na previsão legal. Então teremos aí uma prova atípica: o juiz vai atingir um conhecimento por forma diversas daquelas expressamente previstas e reguladas.

Outro problema que surge aqui: o comportamento das partes no processo. A lei faz referência a isso em poucas hipóteses, por exemplo, no art. 319, com relação à abstenção em apresentar defesa; e tira daí aquela consequência, que sabemos que não é absoluta, da presunção de veracidade para os fatos narrados pelo autor. A lei também alude a esse fenômeno no art. 343, § 2.º, a respeito da chamada confissão ficta, que é uma ilação que o juiz retira do fato de a parte que foi intimada para prestar depoimento não comparecer ou, comparando, recusar-se a depor. Outro ponto em que a lei alude a essa questão do comportamento das partes no processo é o art. 359:

"Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I — se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II — se a recusa for havida por ilegítima."

Como se vê, a recusa ilegítima em exibir o documento é um tipo de conduta da parte no processo, que a lei considera passível de fornecer ao juiz elementos para formar convicção a respeito de fatos relevantes. Portanto, aqui a lei já tipificou

esse tipo de procedimento. A lei já permite, expressamente (e até mais do que permite, ordena), que o juiz extraia determinada consequência de certo tipo de comportamento que a parte adotou no processo. Mas estaremos nós, juízes, limitados a essas hipóteses, expressamente previstas, ou ficamos autorizados, de maneira geral, a extrair do comportamento das partes no processo elementos de convicção? Por exemplo, a parte se recusa, sem justificativa, a submeter-se a exame de tipo hematológico em casos de investigação de paternidade. Pode o juiz basear-se em tal recusa para formar sua convicção?

Permitem que eu, até para quebrar um pouco a aridez desta exposição, me refira a casos concretos. Foi, certa vez, relator, numa ação de investigação de paternidade, em grau de apelação, e procedi a uma inspeção pessoal. Chamei a meu gabinete o indigitado pai do menor, a mãe e o próprio menor. Chamei-os e observei-os. Saltou-me aos olhos a grande semelhança entre certos traços fisionômicos do menor e os correspondentes do pai. Enquanto eu conversava, andando de um lado para outro, olhava de esguelha, sem, evidentemente, comentar o que quer que fosse. Fazia perguntas sobre a situação e, enquanto isso, observava, por exemplo, o feito da orelha, que é muito significativo, as pontas dos dedos e várias outras características, que chamaram a minha atenção. Bem sei que não se pode, nem se deve julgar só com base nesse tipo de elementos, que, evidentemente, comporta flexibilidade muito grande. Há pessoas que se assemelham enormemente e não têm nenhum parentesco. Mas, a respeito dessas pessoas, não há processo; não surge o problema. No caso, não era só isso, havia outros indícios. Em casos assim, a semelhança fisionômica tem certo papel.

O ponto a que eu desejava chegar, porém, é o seguinte: no dia subsequente, dá ingresso nos autos uma petição do

rêu, em que ele se esforçava, em termos veementes, por desprestigiar o aspecto da semelhança fisionômica. Vinha com vários exemplos históricos, vinha com o sócio do então Presidente Figueiredo, a cujo respeito falara a imprensa. Que revelava semelhante atitude? Essa precípitação, visivelmente inspirada por grande preocupação, a junta de recortes de jornais para me demonstrar que nem sempre a semelhança fisionômica tem significação nesse contexto, tudo significava que o réu e o advogado haviam sido atingidos pela extrema semelhança daquele com o menor, e a estavam reconhecendo e proclamando.

Era ou não razoável que eu me deixasse impressionar pela junta dessa petição? Confesso que fiquei impressionado. Aquilo deve ter pesado no meu espírito; embora eu não o tenha invocado no acórdão, certamente me influenciou um pouquinho esse modo de comportar-se da parte. Repto que não foi só nisso que me baseei. Havia vários indícios que apontavam no mesmo sentido. Mas foi a gota d'água que fez transbordar o copo, se assim me posso expressar.

Outro problema que costuma surgir a respeito do nosso assunto é o da chamada "prova emprestada", da prova que foi colhida noutro processo e é transportada para aquele que está sendo objeto de exame pelo juiz. O problema já se põe há muito tempo, e existe até, a esse respeito, jurisprudência não muito escassa, o que mostra, ainda uma vez, que a matéria é de alto interesse prático. Ora, a prova emprestada é certamente, do ponto de vista formal, uma prova alíptica, porque o juiz deste processo adquire um conhecimento que não lhe chegou pelas vias, por assim dizer, habituais. Chegou-lhe de segunda mão: ele o obtem aproveitand-o algo que aconteceu noutro processo.

A doutrina e a jurisprudência demonstram aqui um afã muito justo de estabelecer limites. Uma das razões pelas quais devemos estudar melhor esse fenômeno

é a que consiste na necessidade de saber-mos até onde podemos ir nesse terreno. A matéria exige sistematização. Ela está sendo tratada, diria eu, sistematicamente. Considera-se, em geral, que a prova emprestada é legítima se no outro processo as partes eram as mesmas, ou, pelo menos, se a parte contra a qual vai atuar a prova estava presente e lá pode participar do procedimento instrutório. Por quê? É a preocupação com a garantia do contraditório; mas deixarei esse ponto para ser versado dentro de alguns minutos, quando chegarmos à parte final da palestra — que, anúncio, está prestes a ser atingida, para natural alívio do audiotório.

Antes, porém, eu gostaria de fazer aqui uma provocação. Se é verdade que o elenco legal não é exaustivo; se é verdade que podemos conceber certa variação no modo, na forma de obter conhecimentos à custa de pessoas, de coisas e de fenômenos; se a própria lei nega a exaustividade; e, se, por outro lado, em várias legislações estrangeiras, aparece entre as provas admissíveis o juramento, eu lhes pergunto: se, em determinado caso, estamos cientes de que uma parte ou uma testemunha professa com sinceridade determinada fé religiosa, seja ela qual for — seria possível ou seria ilegal que perguntássemos a essa pessoa: o senhor prestará essa declaração sob juramento? Seria isto violação de alguma norma? Vejam que na lei há um limite, o art. 332: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos...".

Então, se supuséssemos que essa iniciativa pudesse ser ilegal ou moralmente ilegítima, o problema estaria resolvido: não se pode fazer. É ilegal propor a alguém que jure? É moralmente ilegítimo? Eu penso que o seria, sim, compeli-la a pessoa ao juramento. Mas perguntar a um sacerdote católico, por hipótese, ou a um religioso muçulmano, ou a um rabino, se está disposto a prestar juramento sobre a Bíblia, sobre o Corão ou sobre o

Talmude? A minha hipótese é a de eu estar lidando com uma pessoa que, segundo eu sei, professa, presumivelmente com sinceridade, determinada fé religiosa e para qual, por conseguinte, seria mais grave violar um juramento do que violar um simples compromisso de natureza leiga.

A mim me parece que não é proibido. O que seria proibido é compeli-la. Aliás, não tenho meios de compeli-la uma pessoa ao juramento. É até impossível, fisicamente, compeli-la alguém a jurar sobre o Evangelho, sobre o Talmude ou sobre o Corão. Sugiro aos juízes presentes que façam a experiência um dia destes. Quando tiverem dúvida sobre a veracidade de um depoimento, mas tiverem a certeza de que estão diante de pessoa sinceramente religiosa, façam a experiência e, por favor, depois me contem.

Vamos passar à reta final da nossa conversa. Espero que com ela eu tenha podido suscitar, nos que me deram aqui a honra de ouvir-me, a noção clara da importância prática do tema.

Quais são os principais problemas que se suscitam com referência às provas chamadas atípicas? O respectivo exame é importante para estabelecer os limites dessa possibilidade. As provas atípicas não devem ser admitidas assim, sem nenhuma sistematização, como na prática está acontecendo, justamente por falta de melhor elaboração, já que, salvo ignorância minha, ainda não se enfrentou suficientemente — por exemplo, nos comentários ao art. 332 ou nas exposições sistemáticas do nosso vigente direito processual — este assunto. Ele está à espera de quem se decida a enfrentá-lo com a profundidade que merece e a publicar uma monografia a respeito.

Eu diria que há três problemas principais. Um deles está resolvido, em termos expressos, pelo art. 332, e é exatamente o problema da necessária compatibilidade das provas atípicas com a lei e com os ditames de ordem ética. O Código, ele

mesmo, exclui a possibilidade de provas atípicas que sejam ilegais, não no sentido de provas não previstas na lei, mas no sentido de provas que conflitem com alguma regra legal. Ex: a tortura de alguém para extrair informações seria, obviamente, uma prova atípica, no sentido de que eu estaria recorrendo a procedimento diferente do previsto na lei; mas seria também, não menos obviamente, uma prova ilegal, porque até a Constituição, hoje, proibe a tortura.

É verdade que deste ponto se irradiam outros problemas que, entretanto, não posso enfrentar hoje, sob pena de cometer um abuso inominável contra a paciência do auditorio. Daqui se irradia todo o problema das chamadas provas ilícitas, enfrentado pelo legislador constituinte, o qual no art. 5.º inseriu um inciso que proíbe o emprego de provas ilícitamente adquiridas no processo. Mas essa é matéria, eventualmente, para outra palestra, que eu teria prazer em fazer, mas estou na dúvida sobre se alguém teria prazer em ouvir...

Além desse problema, que dá margem a muito desenvolvimento, há dois outros. Um deles é o da conciliação da prova atípica com a garantia do contraditório. Já fiz alusão a ele várias vezes. Todos sabemos que é preciso assegurar o contraditório ao longo do processo, mas talvez, de maneira mais notável, com especial cautela e escrupulo, particularmente, na atividade de instrução. Todaavia, aqui também, precisamos ter a noção de que os princípios processuais não são absolutos. Nenhum princípio, neste plano, eu diria, é absoluto. Estamos sempre diante de duas solicitações que por vezes nos puxam uma para cada lado, e amedrontam que é preciso assegurar essa garantia: é preciso que as partes tenham participação efetiva na atividade de instrução. Por outro lado, sabemos que às vezes, em determinadas circunstâncias, a presença da parte atrapalha, prejudica

Se eu fosse ouvir aqueles dois rapazinhos na presença da avó, eles nunca me revelariam o que revelaram, de modo que eu não teria a mesma possibilidade de esclarecer os meus colegas no instante em que o feito chegou a julgamento. Vejo-me entre a cruz e a caldeirinha. De um lado, sei que preciso respeitar a exigência do contraditório, mas, de outro lado, sei que ela não pode ser levada a tal excesso que me impeça de fazer justiça. Aí vai entrar, como única maneira de resolver o tormentoso problema, a prudência do juiz. Não há uma regra geral que eu possa oferecer aos senhores, do tipo "façam assim sempre" ou "nunca façam assim". Cabe ao juiz, no momento de agir, consultar a sua consciência, e evidentemente, sem infringir a lei, verificar até que ponto ele pode estabelecer atenuações, ou compressões mesmo, à garantia do contraditório, desde que se convença, solidamente, de que esse é o menor dos males. Temos de adotar aí a velha idéia de que entre dois males é preciso, por vezes, escolher, e devemos escolher o menor deles.

Eu hoje gostaria até de reitificar algumas afirmações que fiz, muito peremptórias, muito categóricas, a respeito da garantia do contraditório na atividade de instrução, em artigo escrito já há alguns anos. Nele eu dizia, entre outras coisas, que é preciso que as partes tenham sempre igual oportunidade de participar da formação da prova. Hoje já não escreveria isso com as mesmas palavras. Acho que a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório. Aliás, o Prof. Taruffo me confortou, porque também evoluiu. Recentemente li um livro desse eminente jurista italiano, uma monografia sobre "A prova do fato jurídico", inserido no *Tratado de Direito Civil* dirigido por Messineo. São vários volumes, cada um dos quais dedicado a um tema, e, como esta matéria está regulada na Itália no

Código Civil, fez-se um volume relativo à prova no *Tratado de Direito Civil*, mas teve-se o bom senso de chamar um professor civilista para redigir o volume. Não quero dizer que os civilistas sejam menos competentes em matéria de prova; mas certo tipo de problema, naturalmente, apresenta maior probabilidade de ser equacionado e resolvido de maneira mais feliz quando é versado por alguém que tem outro enfoque a respeito da matéria. Pois bem: a certa altura, diz Taruffo: a marca de uma freitada no asfalto não foi feita sob contraditório e, no entanto, não pode deixar de apresentar valor como prova, em muitos casos. Todos sabemos que, realmente, não é possível exigir que a prova pré-constituída tenha sido sempre formada sob a égide do contraditório.

Sempre que possível, é claro, deve-se preferir a forma que melhor atenda à garantia do contraditório. Voltemos àquele primeiro caso que mencionei. Sempre que possível, o melhor é ouvir o terceiro como testemunha, com a presença das partes, dos advogados, com a possibilidade de reinterrogação. Então, se vem aos autos documento em que determinada pessoa dá uma informação sobre fatos relevantes, eu, sempre que possível, devo ordenar que essa pessoa seja ouvida por mim, juiz, na qualidade de testemunha. Entre parênteses, é sempre possível (sobretudo isto não resta dúvida nenhuma) ao juiz, de ofício, ordenar e inquirir uma testemunha. Eu diria que, em princípio, é assim que ele deve proceder; mas não excludo em termos absolutos outras eventualidades.

O terceiro problema é o da valoração. O princípio fundamental na valoração das provas, bem sabemos, é o da liberdade do juiz, é o princípio da livre apreciação das provas, expressamente consagrado no art. 131. Mas liberdade de valoração não significa arbítrio. Todos sabemos que a liberdade de que o juiz goza é sujeita a determinados limites e sobretudo, sujeita à possibilidade de con-

trole; do contrário, ela se converte ou se subverte em arbítrio judicial, que é coisa detestável. Ninguém mais do que os juizes deve detestar o arbítrio, inclusive o judicial. Há uma série de regras lógicas, que não podemos deixar de observar na apreciação das provas. Há leis da natureza que não podemos desconhecer, e há as máximas de experiência, às quais o Código mesmo faz referência, em outro dispositivo. Uma dessas máximas de experiência ensina que a prova colhida sob contraditório, geralmente, é mais veraz. Se uma pessoa depõe na presença das partes e dos advogados respectivos, sob o crivo do contraditório, geralmente — não estou dando a isso alcance absoluto — as informações que ela possa transmitir-nos, exatamente porque submetidas a esse crivo, são mais fidedignas. Esse princípio deve estar presente no nosso espírito quando formos valorar uma prova atípica, quando estivermos diante de uma fonte de informação, à qual tivemos acesso por uma forma diferente da prevista na lei, sem as garantias em função das quais a lei estabeleceu as formalidades a serem observadas na colheita daquela prova.

Para terminar, eu diria que nada disso é suscetível de formulação, por assim dizer, matemática. O máximo que se pode ter são diretrizes, idéias fundamentais: o princípio da "preferência pela forma típica", por exemplo. E, quando não for possível observá-lo, devemos redobrar o nosso cuidado na valoração da prova atípica, já que, em princípio, exatamente o fato de não se terem observado aquelas formalidades impõe certa desconfiança, digamos assim. Não acarreta a impossibilidade de utilizar-nos dessas provas, mas sim a necessidade de cautela maior. E onde é que vamos demonstrar que utilizamos essa cautela maior? Na fundamentação da nossa sentença.

Aqui tornamos a encontrar um assunto sobre o qual, mais de uma vez, tive

## CONFERÊNCIAS

### LEGITIMIDADE PROCESSUAL E AÇÃO POPULAR NO DIREITO DO AMBIENTE\*

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA

ocasião de falar, mas a cujo respeito nunca é demais insistir. Refiro-me à necessidade, — esta, sim, impostergável — de o juiz, em qualquer nível, pôr o maior empenho possível na fundamentação da sua decisão, sobretudo no tocante à matéria de fato e, portanto, à valoração das provas. Infelizmente, essa direttriz nem sempre é observada de modo cabal. Às vezes o juiz acha mais interessante estender-se um pouco mais na questão de direito, porque ela permite, às vezes, um “brilharcos”, uma citaçãozinha em francês, em espanhol, que enfeita uma sentença; então, ela é examinada com maior carinho. No entanto, muitas e muitas vezes, para a solução do litígio ela importa muito menos do que a questão de fato. E, quando vamos procurar na sentença uma justificação cabal da posição que o juiz tomou em face de cada uma das provas, não raro nos decepcionamos.

E nesse momento que temos de caprichar, se me permitem o verbo: no momento de revelar, na fundamentação da sentença, como foi que formamos convencimento sobre cada uma das questões de fato relevantes. Não podemos “passar por cima” delas, assim como gato sobre brasa, como às vezes acontece, dizendo: “A prova colhida nos autos convenceu-me de que a versão correta é a do autor”. Mas como? Isso não basta. Porque tal ou qual fato não ficou demonstrado? Ou porque ficou? Sabemos que o ideal é sempre inatingível; mas devemos tê-lo sempre em vista, porque ele é que nos indica a direcção em que temos de caminhar, clientes, embora, de que a perfeição não é coisa deste mundo e de que jamais chegaremos lá. O ideal

é que na sentença as provas fossem dissecadas, elemento por elemento; e não apenas aquelas que nos convenceram de alguma coisa, mas também aquelas que não nos convenceram. A rigor, se estamos aceitando a versão do autor e não estamos aceitando a versão do réu, não bastaria que disséssemos porque foi que achamos convincentes as provas oferecidas pelo autor. Precisaríamos dizer, também, porque não achamos convincentes as provas oferecidas pelo réu. É claro que, com montanhas de autos à nossa frente e com as condições nem sempre favoráveis de trabalho em que vivemos, não é possível exigir do juiz que proceda a esse exame minuciosíssimo; todavia, repito, é isso que devia acontecer. É essa imagem que devemos ter diante dos nossos olhos, ainda que sabendo da nossa imperfeição, da nossa impossibilidade de atingi-la plenamente. Mas isso é que devemos adotar como bússola, como roteiro, como estrela-guia da nossa função, naquele momento, entre todos delicado, em que vamos proferir e fundamentar a nossa decisão. Se a delicadeza já é sempre grande, ela se torna aqui imensa e deve merecer de nós um cuidado extremo.

Dizia eu, e com isso termino, que, se aquele cuidado deve estar sempre presente em nosso espírito, particularmente presente e particularmente intenso ele deve ser, todas as vezes que entendermos de utilizar meios diferentes dos tradicionais, dos especificamente previstos e disciplinados, para informar-nos sobre fatos relevantes. Em uma palavra, todas as vezes que tivermos de valer-nos de provas atípicas.

Muito obrigado pela atenção.

A preocupação com o estado do meio ambiente constitui hoje — felizmente, deve dizer-se — um sentimento com alguma expressão nas sociedades modernas: — quem não fica impressionado com a rarefação da camada do ozono e o perigoso aumento de radiação ultravioleta? — quem não se sobressalta com o desaparecimento acelerado das flores-las tropicais? — quem não se inquieta com as causas e as consequências do desastre nuclear de Tschernobyl? — afinal a quem é indiferente a degradação do meio ambiente e da qualidade de vida que constantemente se atesta no nosso cotidiano? Nesta matéria do ambiente da qualidade de vida resta apenas, como bem pode reconhecer-se, a dúvida de saber se ainda é possível recuperar as situações de degradação ou se, pelo contrário, já se alcançou um ponto de não retorno que apenas permite, quando muito, adiar catástrofes iminentes.

O tema da presente exposição incide sobre a legitimidade processual e a acção popular na tutela jurisdicional do ambiente, um assunto que envolve, em si mesmo, uma problemática muito vasta quer num plano dogmático ou doutrinário, quer num nível legislativo e de política legislativa. Houve, no entanto, a preocupação de procurar tomar esta exposição acessível não só ao especialista

nas matérias jurídicas, mas também ao ouvinte não versado na temática jurídica. Espero que dela resulte algo de útil para uns e outros.

O art. 66.º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa (= CRP) estabelece que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”; formulação que também se encontra no art. 2.º, n. 1, da Lei de Bases do Ambiente (= LBA, Lei n. 11/87, de 7 de Abril). O objeto desse direito fundamental — que é, naturalmente, o próprio ambiente — é definido no art. 5.º, n. 2, al. a), LBA “ambiente é o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”.

Desse referido art. 66.º, n. 1, CRP resulta claramente a atribuição de um direito ao ambiente, em paralelo com um complementar dever de defesa do ambiente. Qualquer sujeito tem simultaneamente um direito a um ambiente humano, sadio e equilibrado e o dever de preservar. Ambos estes aspectos são relevantes para a presente análise sobre a legitimidade processual e a acção popular em matéria de ambiente: o direito ao ambiente concretiza-se na faculdade de exigir a terceiros determinadas condutas, activas ou omissivas; o dever de defesa do ambiente tem um conteúdo mais complexo, porque dele decorre não só a

\* Texto elaborado a partir de notas retiradas da transcrição da lição proferida no Curso de Direito do Ambiente.