

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

*Homenagem aos 10 anos
da Constituição Federal de 1988*

Coordenador:

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Colaboradores:

ARAKEN DE ASSIS

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

LUIZ GUILHERME MARINONI

MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Garantias constitucionais do processo civil / coordenador José Rogério Cruz e Tucci. 1. ed., 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

"Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988"
Vários colaboradores.

ISBN 85-203-1693-X

1. Brasil – Constituição (1988) 2. Brasil – Direito constitucional 3. Processo civil – Brasil I. Tucci, José Rogério Cruz e

98-5154

CDU-342.7:347.9(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Garantias constitucionais : Processo civil : Direito 342.7:347.9(81)

1.^a edição

2.^a tiragem

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988

1.^a edição; 2.^a tiragem

Coordenador: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Colaboradores: ARAKEN DE ASSIS, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, LUIZ GUILHERME MARINONI, MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

1.^a edição; 1.^a tiragem: janeiro de 1999.

000576

© desta edição: 1999

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 3106-3772

CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (07 - 1999)

ISBN 85-203-1693-X

APRESENTAÇÃO

Com o intuito de comemorar os dez anos de vigência da Constituição Federal, a prestigiosa Editora Revista dos Tribunais outorgou-nos o privilégio de coordenar a presente obra, dedicada ao relacionamento entre *constituição* e *processo civil*.

Os preceitos constitucionais exercem grande influência sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive, como é curial, sobre as normas processuais.

Lei Suprema que é, a Constituição Federal, situada no ponto culminante da hierarquia das fontes de direito, e contendo os fundamentos institucionais e políticos da legislação ordinária, alberga as garantias ínsitas ao *devido processo legal*.

Configura-se o decantado princípio do *due process of law* no direito ao *processo* e ainda *no processo*, durante o desenrolar de todas as suas várias etapas, de sorte que ninguém sofra qualquer privação, material ou física, a não ser que seja observado o conjunto das formalidades e exigências em lei previstas.

Dentre tais regras, a presente coletânea reúne estudos de renomados estudiosos do processo civil contemporâneo, que examinam a *garantia de acesso à justiça*; a *garantia do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo*; a *garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes*; e a *garantia da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável*.

Verifica-se, de logo, que esta obra não esgota a vastíssima temática atinente à interação decorrente do binômio *constituição-processo*, que inclusive carece de mais espaço na literatura pátria, mas, sem dúvida, oferece ao interessado em ampliar seus conhecimentos valioso material acerca da ideologia do processo civil brasileiro de época atual.

J. R. CRUZ E TUCCI

- PIMENTA BUENO, José. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3. ed., corrigida e aumentada por João de Sá e Albuquerque. Rio de Janeiro : Ribeiro dos Santos, 1911.
- ROSENBERG, Leo. Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse. *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 49(1925):38-73.
- STORME, Marcel. Relatório sobre o ativismo judicial, oferecido no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra-Lisboa, de 25 a 31 de agosto de 1991.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*. Presentazione di Gian Antonio Micheli. Milano : Giuffrè, 1974.
- WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires : Ejea, 1958.
- WENGER, Leopold. *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*. München : Max Hueber, 1925.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, 64(jul./95):395-417.
- ZEISS, Walter. *Zivilprozessrecht*. 7. ed. Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989.

GARANTIA DA AMPLITUDE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Professor Associado do Departamento de Direito
Processual da FADUSP. Juiz do 1.º TACSP.

SUMÁRIO: 1. Direito constitucional de ação – 2. A garantia constitucional de ação e o resultado do processo. O acesso efetivo ao processo e à ordem jurídica justa – 3. O direito à prova como garantia constitucional – 4. O juiz, o processo e a prova – 5. O direito à prova e as provas ilícitas.

1. Direito constitucional de ação

O direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado e retirá-la da inércia está assegurado, em sede constitucional, a todas as pessoas. Ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5.º, XXXV), o legislador garante, de forma ampla a genérica, acesso ao meio estatal de solução de controvérsias, pelo qual é possível obter-se a tutela jurisdicional.

Muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito.

Essa visão, todavia, parte da premissa de que o autor da demanda, isto é, aquele que veio pleitear a tutela jurisdicional, seja o titular do direito afirmado. Deve o sistema constitucional ampará-lo, oferecendo a proteção estatal para seu interesse tutelado juridicamente na esfera material.

Mas nem todos os que se dirigem ao Poder Judiciário são realmente titulares de direitos. Muitos afirmam essa condição, mas não conseguem demonstrá-la, levando o juiz a rejeitar a pretensão apresentada.

Mesmo esses têm direito ao mecanismo estatal. Basta a afirmação de um direito, lesado ou ameaçado, para que a pessoa tenha acesso à jurisdição e ao processo.

Nessa medida, a Constituição Federal não confere proteção apenas a quem efetivamente possui direito. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. O que está à disposição de qualquer pessoa, titular de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.

Assim, a garantia constitucional de ação representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto.¹

O sistema processual-constitucional foi construído para conferir proteção efetiva aos direitos e interesses jurídicos. Muito embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos, reais titulares de direitos ou detentores de simples interesses não amparados no plano material, evidentemente o mecanismo está direcionado para a satisfação daquele que efetivamente merece a tutela jurisdicional.²

(1) Cf. Comoglio, *I modelli di garanzia*, p. 676. Dinamarco refere-se a tutela constitucional do processo, que representa o conjunto de princípios amparados pela Constituição Federal e diretamente relacionados ao sistema processual. Para ele, o "processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade" (*A instrumentalidade*, p. 25). V. tb. Couture, *Fundamentos*, p. 146 e ss.

(2) Vittorio Denti observa a evolução da jurisprudência da Corte constitucional italiana, que passou a conferir significado concreto aos princípios enunciados na Constituição, assegurando-lhes significado substancial, não meramente formal. Daí o direito de ação, assegurado no art. 24 do texto constitucional, não significar mais apenas direito ao julgamento. Representa, na verdade,

Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem dela necessita.

Insuficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação. É preciso identificar o que isso efetivamente representa para o patrimônio jurídico da pessoa. Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual, com todos os meios necessários a que isso ocorra.³

O correto entendimento do complexo de normas constitucionais, direcionadas para a garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo.

As regras existentes na Constituição, destinadas a estabelecer garantias para o processo, não estão limitadas aos vários incisos do art. 5.º, que substancialmente apontam para o juiz natural, contraditório, ampla defesa e vedação de provas às ilícitas (incs. LIII, LIV, LV e LVI). Encontramos ainda no capítulo reservado ao Poder Judiciário inúmeros dispositivos diretamente relacionados com o bom desenvolvimento do processo. As garantias dos juizes e dos tribunais (arts. 95 e 96), o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art. 93, IX) também constituem importantes instrumentos para assegurar efetividade à função jurisdicional.

Para produzir resultado prático dotado de utilidade e realmente capaz de solucionar o litígio, a tutela jurisdicional depende da existência de sistema adequado de princípios relacionados ao processo em si, mas também da regulamentação adequada dos deveres e garantias daqueles a quem foi incumbida sua condução e direção.⁴

"una concreta garanzia di effettività della tutela dei diritti sostanziali, correlata col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 cost" (*La giustizia civile*, p. 73).

(3) Cf. Comoglio, *Commentario della Costituzione*, p. 10.

(4) Cf. Vittorio Denti, *La giustizia civile*, p. 74. O ilustre processualista da Universidade de Pavia acrescenta que a perspectiva tradicional do estudo

Estrutura conceitual de garantia

A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios.

Daí poder-se afirmar ser o processo permeado de valores éticos, exatamente aqueles que norteiam a própria Constituição. Cada país tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes.⁵

Exatamente por isso o sistema processual deve ser construído a partir das regras constitucionais em que estão consubstanciados seus

do processo tende a dar maior importância às normas constitucionais representativas de garantias individuais das pessoas. Mas, observa, existe intensa interpenetração entre tais garantias e aquelas concernentes à posição institucional do juiz no ordenamento, tal como se verifica pela Declaração Internacional dos Direitos do Homem. O autor apresenta interessantes considerações sobre as garantias processuais estabelecidas nesta carta (p. 74-78).

- Alcunha de vista
do processo*
- ⁽⁵⁾ Cf. Bedaque, *Direito e processo*, p. 18 e ss. Comoglio, em magnífico estudo de direito comparado, procura identificar nos vários sistemas de garantias constitucionais do processo, um modelo unitário, com requisitos básicos de forma e de conteúdo. Após minucioso exame dos diversos sistemas constitucionais e do tratamento dado ao processo em cada um deles, apresenta as características fundamentais do processo italiano e critica conclusões fundadas em visão equivocada do modelo processual previsto na Constituição (cf. *I modelli di garanzia*, p. 673 e ss). O caráter ético da ciência processual aponta para a insuficiência da visão exclusivamente técnica do fenômeno. Horácio Wanderley Rodrigues ressalta a necessidade de ampliação de horizontes: "O processualista que não perceber esse aspecto, que não se inserir no contexto político, econômico, cultural e social de seu tempo, continuando a ver as questões de acesso à justiça apenas como problemas a serem resolvidos através da criação de novos instrumentos técnico-processuais ou da correção dos existentes, estará auxiliando na manutenção e reprodução do *status quo*. É preciso que o sistema processual seja visto não somente como um instrumento de solução de conflitos intersubjetivos (aspecto inegavelmente importante) ou mesmo difusos, coletivos ou individuais homogêneos, mas também e fundamentalmente como instrumento político de realização da justiça social, escopo maior do estado contemporâneo" (*Acesso à justiça*, p. 128). Dinamarco também ressalta o caráter eminentemente político da função jurisdicional e a necessidade de examinar o sistema pelo prisma dos resultados que ele produz (cf. *A instrumentalidade*, p. 150 e ss).

princípios fundamentais. Constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais, considerá-las independentemente do modelo processual-constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade.⁶

Eis, portanto, o significado da garantia da ação ou da inafastabilidade. Não se trata de preocupação puramente teórica ou acadêmica. A identificação do conteúdo da garantia em questão é fundamental, pois o legislador ordinário deve adequar o sistema processual aos postulados estabelecidos em sede constitucional.⁷

Em primeiro lugar, pode-se afirmar tratar de um direito absolutamente atípico, pois se destina à veiculação de qualquer interesse assegurado pelo ordenamento jurídico material. Basta a afirmação da existência de um suposto direito, individual, coletivo ou difuso, para que a pessoa tenha a seu dispor o meio pelo qual poderá deduzi-lo perante o órgão jurisdicional e postular a respectiva tutela.⁸

- COMINAR A
GARANTIA CONSTITUCIONAL*
- ⁽⁶⁾ O método adequado é proposto por Comoglio: "Ciò chiarito, non pare ormai più corretto (né tantomeno realistico) analizzare anzitutto il processo, nell'assetto sistematico dei principi che ispirarono la codificazione del 1942, e quindi sottoporlo ad una sorta di marginale verifica, che *a posteriori* determini il grado variabile della sua conformità a siffatte garanzie. Pare invece giustificato un *iter* metodologico inverso, il quale, assunto *a priori* la validità del modello processuale che la costituzione ha voluto consacrare, sappia conformemente ricostruire, a sua immagine e somiglianza, la disciplina (per così dire, 'vivente') del processo civile in Italia" (cf. *Giurisdizione e processo nel quadro*, p. 1.064). A tendência cada vez maior de admitir a influência de valores constitucionais sobre o processo já fora identificada por Vittorio Denti em 1983, em Comunicação apresentada em congresso italiano de direito comparado (cf. *Valori costituzionali*, p. 443 e ss).
- ⁽⁷⁾ Comoglio rejeita o caráter apenas teórico na fixação dos limites de aplicação das garantias constitucionais do processo, preocupação fundada em "pressupposti di carattere pratico-valutativo, in quanto la stessa realtà politica ed economico-sociale, di cui è espressione la disciplina costituzionale, non sempre trova adeguata risposta ai suoi problemi nella genericità e nell'astrattezza delle single norme" (*La garanzia costituzionale*, p. 4).
- ⁽⁸⁾ A constitucionalização da atipicidade do direito de ação é explicada por Proto Pisani: "Ciò significa che chiunque si affermi titolare di un diritto, riconosciuto come tale dall'ordinamento giuridico, può agire in giudizio a sua tutela senza la necessità di specifiche norme di raccordo che gli attribuiscano il potere di azione" (*Lezioni*, p. 599). Nessa medida, é preciso que os operadores do Direito se conscientizem de que ação não tem nome. É

Importante enfatizar que a garantia da ação está relacionada, em regra, à existência de um direito. Mas não apenas os titulares de direitos existentes podem se valer dos mecanismos estatais de solução de controvérsias. Para ter acesso a eles, e é esse o real significado da garantia constitucional da ação, basta alguém *afirmar* a existência de um interesse juridicamente protegido.

Irrelevante a natureza da tutela pleiteada. A atipicidade do direito de ação vem afirmada no texto constitucional, que ampara todos os direitos, indistintamente, contra qualquer ameaça ou lesão.⁹

A partir dessa previsão, não tem mais sentido discutir sobre a diferença entre ação, abstrata ou concreta, e o direito de propor demandas. O que importa, realmente, são os problemas relacionados à efetividade das várias formas de tutela jurisdicional. A tipicidade das ações se resolve, na verdade, em tipicidade de tutelas. Estas sim, representam o elemento variável da demanda. Ação é única, voltada para a obtenção de mecanismos aptos a assegurar o direito afirmado. Não comporta adjetivações, próprias da tutela pleiteada.¹⁰

suficiente a identificação, no plano do jurídico-material, do tipo de providência necessária à proteção do direito. Com tais dados, pleiteia-se a tutela jurisdicional adequada, mediante o exercício do direito constitucional de ação. Não se justifica a preocupação, muito comum entre os profissionais, sobre qual a ação a ser proposta, que nome atribuir-lhe. As circunstâncias inerentes ao direito material influem, muitas vezes, no tipo de processo, de procedimento ou de tutela, mas não na ação, que configura direito genérico e invariável.

⁹ Também a Constituição italiana prevê direito de ação em caráter genérico, o que implica dizer “che chiunque si affermi titolare di un diritto, riconosciuto come tale dall’ordinamento italiano, può agire in giudizio a sua tutela senza la necessità di specifiche norme di raccordo che gli attribuiscano il potere di azione” (Proto Pisani, *La tutela sommaria in generale*, p. 1).

¹⁰ Cf. Comoglio, *Note riepilogative*, p. 489. Flávio Yarshell conclui, acertadamente, que o poder ou direito de invocar a tutela jurisdicional não comporta tipificação, pois o fenômeno é sempre o mesmo, embora relacionado a diferentes situações jurídico-substanciais (*Tutela jurisdicional e tipicidade*, p. 89). E, como essa garantia deve representar, para a pessoa que dela necessita, a possibilidade concreta e efetiva de obter proteção para qualquer situação de violação ou ameaça ao direito, a tutela jurisdicional também é atípica, no sentido de que inexiste rol taxativo de provimentos (ob. cit., p. 218). Não obstante correta a segunda conclusão, parece que, enquanto a garantia da ação, relacionada ao direito constitucional de acesso ao processo

Somente a partir dessa perspectiva se justifica voltar ao tema. Deve ser o instituto revisitado, segundo essa visão que pretende extrair seu verdadeiro significado, dotado de relevância para a efetividade do processo.¹¹

Se, de um lado, essa garantia não significa o necessário reconhecimento do direito que afirmamos possuir, também não representa apenas o acesso livre ao Poder Judiciário. Compreende, na verdade, o complexo de poderes constitucionais conferidos a quem necessita da intervenção estatal. É garantia de meio e de resultado, o que não significa identificação com o conteúdo variável pretendido pelos litigantes – o interesse material deduzido –, mas com o valor constante da efetividade instrumental.¹²

Todos têm direito à jurisdição e ao processo. Mas não a qualquer processo. A Constituição também se preocupou em estabelecer as

equo e giusto, não comporta sequer qualificativo, a tutela jurisdicional, embora genérica como previsão, pode ser objeto de classificação à luz da situação material a que se refere (tutela possessória, tutela reivindicatória, tutela consignatória) ou de seus efeitos (tutela declaratória, tutela condenatória, tutela constitutiva, tutela executiva). Essa circunstância, na verdade, não é negada pelo autor, que afirma existência de formas de tutela, estabelecidas a partir da situação substancial, identificando o bem da vida e a eficácia substancial (ob. cit., p. 219). O tema foi desenvolvido de forma mais pormenorizada, com o exame dos vários critérios levados em conta para a classificação e das eventuais impropriedades, a partir do item 38, p. 222 e ss, da obra citada.

¹¹ Por isso, Vittorio Denti entende necessário que “il problema dell’azione sia collegato non soltanto con le modalità processuali della tutela, ma anche con la posizione stessa del giudice nell’ordinamento, e quindi con le caratteristiche fondamentali dell’ordine giudiziario. Correlazione, questa, che è invece prevalentemente mancata nello svolgimento delle teorie dell’azione, centrate tutte sul rapporto tra diritto sostanziale e processo, e perciò sulla proiezione nel processo dei diritto soggettivi” (*Azione*, p. 2).

¹² Trata-se do processo justo a que se refere Comoglio, em cujo contexto a busca da efetividade se manifesta mediante a regulamentação de técnicas adequadas a assegurar o resultado “che, anzichè proiettarsi specificamente (come per l’azione) verso la realizzabilità *esterna* delle forme di tutela, si traduce nell’adeguatezza *interna* del contraddittorio o della difesa, seppur in funzione costante dell’esito finale del giudizio” (*Contraddittorio*, p. 6). Afinal de contas, a efetividade do processo constitui condição *sine qua non* para a garantia real e concreta de qualquer interesse individual ou coletivo constitucionalmente assegurado (cf. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni*, p. 55).

linhas fundamentais desse meio de atuação de uma de suas funções. O legislador constitucional determina os princípios e as garantias essenciais ao método utilizado pela jurisdição para solução de controvérsias, instituindo o *modelo processual brasileiro*.¹³

Acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do *devido processo constitucional*. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *equo, correto, giusto*.¹⁴

As garantias constitucionais do processo asseguram esse mecanismo adequado à solução das controvérsias. São garantias de meio e de resultado. Estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, como também, e principalmente, a um resultado suficientemente útil e eficaz para quem necessita valer-se dessa atividade estatal. Proporcionam vias processuais aptas à resolução dos conflitos de interesses, para que a tutela jurisdicional obtida ao final do processo seja dotada de efetividade.

⁽¹³⁾ Os princípios constitucionais do processo brasileiro atendem àquele conjunto de garantias que Vittorio Denti aponta como necessário à configuração do processo justo e que Barbosa Moreira, em conferência realizada na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em 19.08.1997, denominou de processo civilizado: imparcialidade do juiz, publicidade da audiência, necessidade de motivação das decisões, contraditório, direito à prova (cf. *Valori costituzionali*, p. 445). V. tb. Vincenzo Vigoritti, *Garanzie costituzionale, passim*. Sobre os princípios constitucionais do processo, cf. Nelson Nery Junior, *Princípios, passim*; Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo, passim*.

⁽¹⁴⁾ Comoglio observa com propriedade que o processo incorpora e atua um método institucional de resolução de conflitos sociais, como tal regulado pelas regras estatais. As garantias a ele relativas, afirma, “non si limitano a rafforzare dall'esterno una mera *riserva legislativa* per la regolamentazione di quel metodo, ma dall'interno impongono a quest'ultimo, ed alla sua disciplina, alcune condizione minime di legalità e di correttezza, la cui efficacia è potenzialmente operante in qualsiasi fase (o momento nevrálgico) del processo (*Giurisdizione e processo nel quadro*, p. 1.069).

2. A garantia constitucional de ação e o resultado do processo. O acesso efetivo ao processo e à ordem jurídica justa

A eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional¹⁵ e constitui elemento essencial do Estado de Direito.¹⁶

As regras que compõem o devido processo constitucional destinam-se a estabelecer as bases do modelo processual brasileiro,¹⁷ conferindo-lhe efetividade, ou seja, aptidão para produzir resultados úteis a todos que necessitarem recorrer à atividade jurisdicional do Estado.

O processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil.

Daí decorre a idéia de *efetividade* como garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que constituem os fundamentos do sistema processual brasileiro. Trata-se, sem dúvida, de componente inafastável das garantias constitucio-

⁽¹⁵⁾ Na Itália, vem ganhando força a idéia de extrair do sistema constitucional o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Mas não somente nessas regras se apóia a doutrina para enfatizar a importância do princípio. Invocam-se, também, o art. 6.º da convenção para a proteção dos direitos do homem, ratificado naquele país em 04.08.1955, pela Lei 848: o juramento prestado pelos magistrados (art. 9.º r.d. 30.01.1941, n. 12, alterado pela Lei 23.12.1946, n. 478) e pelos advogados (art. 8.º r.d.l. 27.11.1933, n. 1.578).

⁽¹⁶⁾ Cf., a respeito, Giorgio Costantino, *Il processo incivile nel 1995*, p. 225, que ressalta ser a ineficácia do processo equivalente a inexistência de regras gerais e predeterminadas, com retorno ao sistema feudal, “nell'ambito del quale la tutela delle situazioni subietive risiede esclusivamente nell'appartenenza ad un gruppo (a una *lobbie*, a un partito, ad una associazione più o meno segreta) e non nell'applicazione, con la tecnica del contraddittorio, di regole generali e predeterminate, valide per tutti i consociati; è l'abolizione non solo del processo, ma del diritto stesso”.

⁽¹⁷⁾ “Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro compressità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto di una esposizione unitaria” (Andolina e Vignera, *Il modello*, p. 13).

nais do processo.¹⁸ Não basta assegurar a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas que dele necessitam não tiverem efetivo acesso a um resultado útil.

Em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É necessário oferecer condições reais para que as pessoas possam utilizar esse instrumento, toda vez que dele precisarem. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso a esse instrumento não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.¹⁹

Por esse ângulo, e principalmente em país onde avultam as desigualdades sociais, assume papel de relevo no rol de garantias do sistema processual, a assistência judiciária gratuita, concedida a todos os que não tenham recursos suficientes para iniciar o processo (CF, art. 5.º, LXXXIV).²⁰

Também de nada valeriam todas as garantias constitucionais do processo, se o sistema não assegurasse suficiente independência dos juízes, a fim de preservar sua imparcialidade. Talvez seja esse o grande suporte de um sistema processual civilizado.²¹

⁽¹⁸⁾ Cf. Comoglio, *Giurisdizione e processo nel quadro*, p. 1.065. É do eminente titular de Pavia a afirmação de que “la Costituzione si configura come un complesso di garanzie, volte a salvaguardare nel tempo l'intangibilità di fondamentali valori, anche i c.d. *diritti processuali* che essa riconosce vanno considerati dal duplice angolo visuale delle *possibilità praticate* di una loro *concreta violazione* e di un'altrettanto *concreta loro reintegrazione*” (*La garanzia costituzionale*, p. 87).

⁽¹⁹⁾ Denti reporta-se à decisão da Corte européia dos direitos do homem, segundo a qual não faz sentido regular corretamente o *iter* processual, se não houvesse a prévia e concreta garantia de sua instauração (*La giustizia civile*, p. 76). Sobre o significado de acesso à justiça e os obstáculos a serem transpostos para assegurar a efetividade dessa garantia, v. Cappelletti e Garth, *Acesso à justiça*, p. 15 e ss.

⁽²⁰⁾ A propósito, Denti aponta julgamento da mesma Corte européia, condenando o Estado italiano, por considerar inadequado o sistema do patrocínio gratuito ali instituído (cf. *La giustizia civile*, p. 78).

⁽²¹⁾ Sobre as garantias de independência do juiz brasileiro, à luz do regime constitucional anterior, mas substancialmente aplicável ao atual, cf. Ada Pellegrini Grinover, A independência do juiz brasileiro, in *O processo em*

Superada a fase puramente técnica da ciência processual, em que as preocupações eram de outra ordem, surge a necessidade de identificar, substancialmente, a verdadeira função dessa garantia constitucional na vida das pessoas. Não basta dizer que todos têm direito de acesso ao Poder Judiciário, nem afirmar que a ação deve ser identificada com esse direito abstrato a todos pertencente, sem esclarecer qual seu conteúdo, isto é, o que representa para cada um de nós a titularidade da ação, qual seu significado real para quem porventura necessitar da intervenção jurisdicional.²²

Essa garantia representa, portanto, o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.

sua unidade II, p. 41 e ss. A respeito da garantia da imparcialidade, assim se manifestou a eminente processualista: “A imparcialidade do juiz, mais do que um simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, a *imanência do juiz no processo*, pela completa jurisdicionalização deste, leva à reelaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mas visto como pressuposto para a sua própria existência. Eis, assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial, em núcleo essencial da função jurisdicional” (O princípio do juiz natural, in *O processo em sua unidade II*, p. 3-4).

⁽²²⁾ Vittorio Denti, com precisão, identificou a questão fundamental no estudo da ação pelo prisma constitucional. O verdadeiro problema, diz ele, não era o reconhecimento abstrato desse direito, mas a garantia do acesso concreto à tutela jurisdicional por parte das pessoas. Essa visão do direito de ação revela preocupação não apenas de cercá-la de um complexo de garantias objetivas para acesso à tutela, mas também em remover os óbices econômicos e sociais ao pleno exercício dos direitos pelas pessoas (cf. *La giustizia civile*, p. 102). Por isso não parece aceitável a afirmação de que a garantia constitucional da ação não tem relevância processual (cf. Liebman, *Problemi*, p. 41; Bedaque, *Poderes instrutórios*, p. 36, e *Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 53 e 62, nota 31). Adequada interpretação do princípio da inafastabilidade deve conferir-lhe significado real e concreto “al fine di assicurare loro in'effettiva capacità di incidenza sulle strutture del processo ordinario, nel quadro di un suo graduale adeguamento ai principi costituzionali” (Comoglio, *La garanzia costituzionale*, p. 41). Isso significa, portanto, que a previsão constitucional deve refletir-se efetivamente sobre o ordenamento processual.

Não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra.²³

Em síntese, o direito de ação e o direito de defesa constituem aspectos inerentes à garantia de acesso à justiça, o que significa que todos têm direito à via constitucional de solução de litígios, livres de qualquer óbice que possa comprometer a eficácia do resultado pretendido por aquele cujos interesses estejam amparados no plano constitucional. Mas, mesmo quem não obtém a tutela jurisdicional, por não conseguir demonstrar a existência de proteção jurídica ao interesse deduzido, teve direito a esse instrumento, com todas as garantias a ele inerentes.

Esse é o significado da expressão “acesso à ordem jurídica justa”, que pretende representar o escopo máximo da atividade jurisdicional e de seu instrumento.

O processo deve significar para as pessoas o instrumento apto a proporcionar-lhes esse acesso, isto é, deve ser dotado de garantias suficientes para que as partes possam deduzir suas razões, bem como para que o real titular do direito o veja reconhecido e satisfeito de forma efetiva e eficaz.

Nessa medida, o direito constitucional de ação assume o importante papel no sistema, de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Mas garantia substancial não só ao mecanismo constitucionalmente assegurado, mas também à eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado dessa atividade estatal. Somente com essa configuração, o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal, não será mais uma daquelas figuras de retórica, meramente formais e vazias de conteúdo.²⁴

⁽²³⁾ Cf. Comoglio, *Giurisdizione e processo nel quadro*, p. 1.076.

⁽²⁴⁾ Não apenas dados diretamente relacionados ao processo podem ser invocados. Até mesmo aspectos inerentes ao próprio direito substancial têm sido levados em consideração na concepção do verdadeiro conteúdo do direito de ação. Denti informa que a Corte constitucional italiana já considerou, por exemplo, que a fixação de prazo prescricional inadequado pode constituir óbice ao efetivo exercício do direito e, em consequência, limitação ao direito de ação. E conclui: “Si è delineata, così, una nozione di ‘azionabilità’ dei

Além do mais, visão publicista do fenômeno aponta para o aspecto objetivo da realização do próprio ordenamento jurídico, violado pela conduta inadequada de uma das partes, que não aceitou voluntariamente o comando legal. A exigência de efetividade do processo atende, portanto, não apenas ao interesse privado das partes, mas também ao escopo de atuação da regra material e de pacificação social.²⁵

Por tais razões, pode-se afirmar que a tutela constitucional do processo constitui fator fundamental para a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos, que representa um dos aspectos de tema mais amplo, o da tutela dos direitos. Esta última compreende ainda formas de tutela extraprocessuais, destinadas exatamente a evitar a necessidade de intervenção jurisdicional.²⁶

Vista por esse ângulo constitucional, a ação não se submete à disciplina de normas processuais. O poder de propor demandas, tal como regulado pelas regras infraconstitucionais de processo, certamente não se confunde com essa concepção de ação.²⁷

Nessa medida, as denominadas condições da ação dizem respeito ao provimento concretamente requerido ao juiz, não à situação jurídica representada pela garantia constitucional de ação.²⁸

diritti soggettivi che va oltre i liiti tradizionali del diritto di azione come potere processuale e tocca anche gli aspetti sostanziali della loro tutela” (*La giustizia civile*, p. 104). Sobre os óbices internos e externos à efetividade do processo, cf. Augusto M. Morello, *Anticipación de la tutela*, p. 5-8.

⁽²⁵⁾ Vittorio Gasparini Casari ressalta esse aspecto da garantia constitucional da ação (*Introduzione allo studio della tutela cautelare*, p. 134-136).

⁽²⁶⁾ Sobre a distinção entre tutela de direitos e tutela jurisdicional de direitos, cf. Vittorio Denti, *La giustizia civile*, p. 111 e ss. Aponta o autor, ainda, para situações de direito material, como a interdição, em que a tutela jurisdicional constitui a única forma de realização do direito material (p. 112).

⁽²⁷⁾ Esse poder processual de iniciar o processo, Vittorio Denti prefere denominar de poder de propor demanda judicial. Mas, se se pretende continuar a chamá-lo de direito de ação, por questão de convenção terminológica, é possível fazê-lo, “purché sia chiaro che la effettiva ‘cerniera’ tra i diritti sostanziali e il processo è data dalle norme costituzionali, e non dalle norme processuali” (*La giustizia civile*, p. 116). Correto o entendimento de que a garantia constitucional de ação deve envolver efetiva possibilidade de tutela das situações substanciais (cf. Comoglio, *La garanzia costituzionale*, p. 95).

⁽²⁸⁾ Tais considerações levaram Vittorio Denti a concluir, no que se refere especificamente ao significado de interesse de agir, que sua função outra não

No tocante ao provimento jurisdicional, pleiteado para solucionar concretamente um problema verificado no plano do direito material, tem a doutrina tradicional tentado classificá-lo em função dos efeitos substanciais dele decorrentes. Daí a divisão da tutela jurisdicional em declaratória, condenatória, constitutiva e executiva.²⁹

O objeto da tutela jurisdicional é exatamente esse efeito jurídico pretendido, que acaba se tornando definitivo, em razão daquela qualidade especial adquirida pela sentença que o reconhece, denominada coisa julgada.

A garantia da ação ou da inafastabilidade representa o acesso efetivo ao instrumento constitucional de solução de controvérsias. Quem o utiliza, pretende obter, no plano substancial, um dos efeitos mencionados.

O direito de ação compreende, portanto, o poder de pleitear a tutela jurisdicional para determinado direito, o poder de se valer de todos os meios para a demonstração desse direito e, se tiver sucesso, o direito de obter provimento tecnicamente idôneo a assegurar a tutela adequada.³⁰

Por outro lado e da mesma forma, deve ser conferido àquele a quem se imputa conduta contrária ao direito a possibilidade de demonstrar suas razões e tentar impedir a invasão de sua esfera jurídica.

é senão evitar sejam submetidas ao juiz questões abstratas e hipotéticas, reservando a atividade jurisdicional para a solução de situações concretas: "Si trata, peraltro, di un requisito che concerne la proposizione della domanda e, più in generale, l'esercizio dei poteri di iniziativa decisória nelle varie fasi del processo, in quanto dritti a provocare una pronuncia del giudice in senso conforme alle aspettative della parte" (*La giustizia civile*, p. 117).

⁽²⁹⁾ Esse critério, na verdade, não diz respeito ao provimento em si, mas aos efeitos produzidos no plano das relações substanciais (cf. Denti, *La giustizia civile*, p. 122).

⁽³⁰⁾ Com extrema precisão, Comoglio conclui que o poder de ação garantido a todos é, na verdade, um conjunto de poderes imprescindíveis à obtenção da tutela jurisdicional efetiva, considerados desde a propositura da demanda até o julgamento do processo (cf. *Giurisdizione e processo*, p. 1.072-1074). E acrescenta que esse poder não assegura, *a priori*, um resultado favorável (aspecto negativo), mas a possibilidade de desenvolver em juízo todas as atividades tecnicamente idôneas à obtenção do resultado favorável, bem como a real proteção ao direito, caso consiga demonstrá-lo, mediante tutela adequada (aspecto positivo) (cf. ob. cit., p. 1.078).

Não se nega a idéia abrangente da garantia constitucional da ação, que compreende, sem dúvida, o direito à tutela jurisdicional efetiva, ou seja, apta a proporcionar ao titular do interesse amparado pela regra substancial a possibilidade real e concreta de usufruir dessa situação. É esse o entendimento correto a respeito do princípio da inafastabilidade. Efetividade do processo, devido processo legal e direito a adequada tutela jurisdicional são fenômenos indissociáveis.³¹

Mas todas essas garantias incorporadas ao texto constitucional referem-se a ambos os sujeitos do processo. Da mesma forma que para o autor a tutela sumária antecipatória constitui, muitas vezes, o único meio apto para conferir efetividade a seu direito, o sistema constitucional assegura ao réu a possibilidade de resistir à pretensão inicial. E esse direito não pode ser completamente aniquilado pela efetiva proteção processual àquele que deduziu a pretensão em juízo.

Reside aí, portanto, a difícil missão do processualista moderno. Adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual.

Adequada proteção jurídica e jurisdicional, com modelo processual *equo e giusto*, ou seja, composto de garantias mínimas para as partes, mas também apto a assegurar a tutela efetiva a qualquer direito, representa o verdadeiro significado do direito constitucional de ação, garantido em todos os tratados e convenções, como direito fundamental da pessoa.³²

⁽³¹⁾ Por esse ângulo, correta a observação de Marinoni: "Mas direito ao 'devido processo legal' não representa apenas direito à ampla defesa e ao contraditório, mas também direito a uma tutela efetiva, ou direito a um procedimento adequado à realidade de direito material" (*Tutela cautelar*, p. 91-99; cf., a respeito, Bedaque, *Direito e processo*, p. 40-41 e 51-52).

⁽³²⁾ Cf. Comoglio, *I modelli*, p. 682-690, com enumeração exaustiva de todos os componentes essenciais e constantes daquele que, a seu ver, constitui o processo *equo e giusto*. Sobre o conteúdo do princípio da inafastabilidade, v. tb. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil*, p. 84 e ss; Comoglio, Ferri e Taruffo apontam para aspectos subjetivos (efetividade técnica dos instrumentos e efetividade qualitativa do resultado) e objetivos (efetividade objetiva da tutela, em função do tipo de situações de direito substancial asseguradas pelo legislador (cf. *Lezioni*, p. 58 e ss).

Pretende-se seja o direito constitucional de ação garantia idônea a assegurar em concreto os direitos reconhecidos pelo legislador material.³³

Assim, direito de ação não é direito à sentença favorável, a uma sentença qualquer ou à sentença de mérito. Não é suficiente afirmar que o art. 5.º, inc. XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional e estabelecer o modelo político-processual brasileiro.³⁴

Mas não se trata de um processo qualquer. A garantia refere-se a um processo cujos parâmetros encontram-se estabelecidos na própria Constituição, que fixa os requisitos mínimos do devido processo legal. É na Lei Magna, pois, que encontramos o modelo processual a que todos têm direito. Ali está estampado o devido processo constitucional.³⁵

(33) Cf. Vittorio Gasparini Casari, *Introduzione allo studio della tutela cautelare*, p. 131.

(34) Cf. Comoglio, *La garanzia costituzionale*, p. 38.

(35) "Entre outras garantias, defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* – guardando íntima relação entre si –, colocam-se à base da regularidade do processo e da justiça da decisão, fechando o círculo dos instrumentos constitucionais-processuais de proteção das partes e da jurisdição, os quais servem, em última análise, à própria imparcialidade do juiz" (Ada Pellegrini Grinover, *O processo em evolução*, p. 55). A consagrada processualista brasileira contribuiu decisivamente para a precisa identificação do conteúdo desse tão propalado direito de acesso à justiça. Também ela sustenta que a constitucionalização do direito de ação, em última análise, significa conferir às pessoas a possibilidade de obter do juiz uma resposta efetiva sobre a pretensão deduzida em juízo, pela via do devido processo legal (cf. *Os princípios constitucionais*, p. 18; *As garantias constitucionais*, p. 75 e ss). As garantias constitucionais do processo representam para os destinatários "non già un generico diritto al processo, bensì un diritto al *giusto* processo (od, in altre parole, il diritto ad un processo que trae da una specifica qualificazione attributiva la propria identità). Esse pertanto, non possono più risolversi in diritti statici (al pari dei più ampi diritti di libertà individuale), ma – per effetto di quegli indispensabili aggettivi (*equo e giusto*) – vanno intese come garanzie minime di mezzi e di risultato poichè assicurano non solo la sufficienza quantitativa minima dei mezzi processuali, ma anche un risultato modale o (quantitativo) constante". A garantia diz respeito a instrumentos processuais corretos e efetivos à disposição das partes no curso da relação, bem como obtenção de tutela jurisdicional efetiva e adequada ao final do procedimento (cf. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni*, p. 57).

Todas as garantias constitucionais do processo visam a assegurar, em última análise, a eficácia do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a fim de que o direito de ação não signifique mero acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso que o titular de um direito lesado ou ameaçado possa obter a efetiva e tempestiva proteção estatal, pela via do processo jurisdicional.³⁶

O direito de ação deve ser visto como garantia de efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil. Às situações substanciais apresentadas devem corresponder formas de tutela idôneas a assegurar a realização do direito delas emergente.³⁷

A possibilidade de agir em juízo, assegurada em sede constitucional, não se exaure em si mesma. Deve ser examinada em função da tutela pretendida, que deve ser efetiva, real, útil. O que interessa para o consumidor da Justiça, portanto, é a possibilidade concreta de obter proteção ao direito substancial afirmado, desde que se revele existente ao final.³⁸

(36) Kazuo Watanabe adverte para a necessidade de o operador do direito ter sempre em mente esse ideal, ainda muito distante de ser concretizado, pois somente assim se conseguirá manter a contínua evolução do ordenamento jurídico (cf. *Tutela antecipatória e tutela específica*, p. 3). Sobre as consequências decorrentes da não observância dos princípios constitucionais do processo, cf. Ada Pellegrini Grinover, *O sistema das nulidades processuais e a Constituição*, p. 35 e ss.

(37) Cf. Vittorio Denti, *Valori costituzionali*, p. 448. No dizer de Tucci e Tucci, a garantia da ação significa direito à tutela jurisdicional, tal como definida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos ressaltando aspectos considerados essenciais à efetividade da proteção (cf. *Constituição de 1988*, p. 10-14).

(38) Nesse sentido é que deve ser entendida a afirmação de que o poder de agir em juízo não pode ser considerado como "un diritto a sé stante, ma in funzione della tutela delle situazioni soggettive disciplinate come diritti o interessi legittimi dall'ordenamento" (Vittorio Gasparini Casari, *Introduzione allo studio della tutela cautelare*, p. 127). O que se pretende, portanto, é a proteção efetiva ao interesse juridicamente tutelado, o que significa muito mais do que mero direito formal de acesso ao Poder Judiciário, garantia que pouco ou quase nada representa.

AMPLITUDE DO CONTEÚDO DE AÇÃO

Essa visão da garantia constitucional da ação leva à conclusão de que o Estado deve colocar à disposição das pessoas meios adequados para satisfação dos direitos. É necessário proporcionar acesso à tutela jurisdicional efetiva. Afinal de contas, processo efetivo é aquele dotado de mecanismos adequados à proteção das situações de direito substancial deduzidas perante o juiz, assegurando a satisfação aos interesses jurídicos que tais relações regulam.³⁹

A necessidade de conciliar os interesses opostos das partes e os respectivos mecanismos processuais destinados a protegê-los exigem maior reflexão a respeito de determinadas posturas e posições, voltadas exclusivamente para beneficiar um dos pólos da relação processual.

3. O direito à prova como garantia constitucional

Assegurar o direito de ação no plano constitucional é garantir o acesso ao devido processo legal, ou seja, ao instrumento tal como concebido pela própria Constituição Federal. Entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o contraditório e a ampla defesa.

Expressões diferentes para identificar o mesmo fenômeno: a necessidade de o sistema processual infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz.⁴⁰

Isso implica, evidentemente, a produção das provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado.

O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para asse-

⁽³⁹⁾ Cfr. Adolfo di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, p. 133.

⁽⁴⁰⁾ O contraditório se resolve na dinâmica do pedir-alegar-provar, como bem observa Dinamarco, em trabalho ainda inédito. Nelson Nery entende o direito de ação e o direito de defesa como manifestações do contraditório (cf. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, RT, 1992, p. 121).

gurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional.⁴¹

Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte,⁴² mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento.

Não obstante tratar-se de garantia inerente ao devido processo constitucional, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto. As regras e princípios processuais são eminentemente instrumentais, pois se destinam a assegurar o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias. Não são dogmas indiscutíveis, devendo ser observados nos limites em que se revelem necessários aos fins a que se destinam.⁴³

Por isso, algumas limitações, ainda que de caráter infraconstitucional, muitas vezes se justificam por alguma razão relevante, eventualmente algum outro valor também protegido em sede constitucional. A regra, todavia, é a possibilidade de a parte se valer de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e moralmente legítimo (CPC, art. 332).⁴⁴

⁽⁴¹⁾ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, p. 80-82. Como bem observa Michele Taruffo, o direito à prova assume particular importância no âmbito da garantia constitucional da ação e da defesa, pois, para atuação efetiva do direito de agir e de defender-se é fundamental que as partes possam valer-se das provas para demonstração dos fatos relevantes para a demanda e para a defesa (cf. *Lezioni sul processo civile*, obra em co-autoria com Luigi Paolo Cosmoglio e Corrado Ferri, Il Mulino, 1995, p. 513-514). Barbosa Moreira observa que o conceito de ação não está limitado à mera possibilidade de instauração do processo, compreendendo uma série de faculdades, entre as quais se destaca o direito à prova (cf. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, p. 107; v. tb. Nelson Nery, *Princípios*, p. 123).

⁽⁴²⁾ Antonio Magalhães Gomes Filho equipara a garantia ao direito constitucional de ação e de defesa: "O direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz" (*Direito à prova*, p. 84).

⁽⁴³⁾ Barbosa Moreira, *A Constituição e as provas*, p. 108.

⁽⁴⁴⁾ Cf. Michele Taruffo, *Lezione*, p. 513.

Essa garantia, para ser efetiva, compreende não apenas o poder de produção da prova, mas também a segurança de que venha a ser considerada e corretamente valorada pelo julgador. Nessa medida, as regras que permitem ao juiz dispensar prova desnecessária devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa (CPC, arts. 130 e 407, parágrafo único).⁴⁵

4. O juiz, o processo e a prova

Direito constitucional de ação é, em última análise, direito ao devido processo constitucional, ou seja, ao instrumento destinado à solução de controvérsias, tal como modelado pela Constituição Federal.

Esse devido processo constitucional será manejado pelos juízes, pessoas investidas da função jurisdicional, com o objetivo de atuar a vontade da lei, eliminar os litígios e pacificar.

Entre as garantias que a Constituição assegura ao modelo processual brasileiro encontra-se a do contraditório. Trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado.

Visão moderna desse princípio considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que a atividade por ele desenvolvida atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição.

Não mais satisfaz a idéia do juiz inerte e neutro, alheio ao "dramma della competizione". Essa neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, não corresponde aos anseios por uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Não há qualquer incompatibilidade entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual. Muito ao contrário. Conceito moderno desse princípio processual, que se preten-

⁴⁵ Cf. Michele Taruffo, *Lezione*, p. 514; Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova*, p. 88-89.

de efetivo e equilibrado, não prescinde da intensa atuação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando aos sujeitos parciais real igualdade de tratamento e de oportunidades.⁴⁶

Em outras palavras, cabe ao juiz conferir conteúdo substancial, não apenas formal, à igualdade das partes, assumindo a direção material do processo. Igualdade, aliás, que constitui o grande fundamento de todos os princípios constitucionais do processo. Estes existem exatamente para garantir o tratamento isonômico das partes, a fim de que elas possam apresentar-se no processo com paridade de armas, ou seja, com chances equivalentes de afirmar suas razões e demonstrar os fatos necessários ao reconhecimento do direito deduzido. Deve haver entre as partes verdadeiro equilíbrio em todo o curso do processo, com a eliminação de qualquer fator de desigualdade entre elas.⁴⁷

Para tanto, deve o julgador contar com poderes reais, idôneos a estimular e garantir a participação dos sujeitos parciais. Isso significa que deve ele também participar ativamente do procedimento. Juiz ativo, participativo, é o que se pretende. Não se compreende que aquele a quem se investiu do poder de julgar, seja omissivo e descompromissado com o resultado. Essa postura não contribui para a efetividade do contraditório.⁴⁸ Este tem, como conteúdo mínimo, a isonomia real, isto é, igualdade não apenas em sentido formal e abstrato, mas substancial.⁴⁹

⁴⁶ Barbosa Moreira também examina a garantia do contraditório não só do ponto de vista das partes. Analisa o significado do princípio para o juiz, ressaltando o aspecto negativo: a proibição de tomar providências sem dar conhecimento aos litigantes e de proferir decisões com base em provas em relação às quais eles não tiveram oportunidade de se manifestar (cf. *Os princípios do direito processual civil na Constituição de 1988*, Livro de estudos jurídicos, v. 4, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, p. 243).

⁴⁷ Cf. Comoglio, *Commento della Costituzione*, p. 28-29.

⁴⁸ Cf. Comoglio, *Contraddittorio (principio del)*, p. 3-4.

⁴⁹ "Con la rimozione concreta di tutti gli ostacoli (anche estranei al processo) da cui siano irrazionalmente compromessi il contraddittorio dinamico ed il godimento effettivo dei diritti di difesa o di paritaria partecipazione, nel corso del giudizio" (Comoglio, *Giurisdizione e processo nel quadro*, p. 1.086.). No plano infraconstitucional, verifica-se que o direito de defesa é até mais amplo que a própria ação, pois não sofre qualquer restrição técnica semelhante às condições da ação (cf. Cleanto Guimarães Siqueira, *A defesa no processo civil*, p. 234).

Se assim é, nada mais natural considerar o juiz também comprometido com o resultado do processo. Não mais se admite a neutralidade do julgador, pois, da mesma forma que as partes, ele está à busca de resultados.

Além do mais, a integração do julgador ao contraditório contribui para afastar eventuais desigualdades entre os litigantes, conferindo ao princípio da isonomia seu verdadeiro significado.⁵⁰

Aceitas essas premissas, a conclusão de que o juiz deve participar ativamente do conjunto probatório é conclusão inafastável. Se o resultado da atividade instrutória revela-se essencial à formação de seu convencimento, não pode ele deixar de atuar no sentido de construir conjunto probatório compatível com a realidade extraprocessual. Embora o juízo de certeza necessário ao provimento cognitivo represente, na verdade, alto grau de probabilidade,⁵¹ quanto maior a convicção do juiz, melhor. E quanto mais ele participar da colheita de provas, maior a possibilidade de se alcançar esse resultado.⁵²

Essa participação maior do juiz no contraditório, especialmente em relação à produção da prova, confere efetividade ao princípio da isonomia, que, evidentemente, encontra amparo em sede processual. Fala-se aqui da garantia real, não apenas formal. Esta não satisfaz ao jurista preocupado com o fim social do direito e que, por isso, não se contenta com meras figuras da retórica.⁵³

⁽⁵⁰⁾ Cf. Bedaque, Poderes instrutórios, p. 71-78. Para Dinamarco, em obra ainda inédita, a ser publicada com o título *Instituições de direito processual civil*, a "participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de direção, de prova e de diálogo". V. tb. *A instrumentalidade do processo*, Malheiros, 3. ed., p. 126 e ss.

⁽⁵¹⁾ "Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera *probabilidade*, variando somente o grau da probabilidade exigida, inversamente os limites toleráveis dos riscos. E isso transparece no processo de conhecimento, especialmente (embora não apenas) no tocante as *questões de fato*" (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 238).

⁽⁵²⁾ Trata-se da principal conclusão de meu trabalho, *Poderes instrutórios do juiz*, RT, 2. ed.

⁽⁵³⁾ Ada P. Grinover ressalta com extrema propriedade que os princípios inerentes ao processo liberal não garantem um processo "justo", que só se verifica se, além da igualdade jurídica, houver também igualdade técnica

Trata-se de construção perfeitamente compatível com o modelo processual-constitucional brasileiro.

Não mais se aceita a idéia da plena disponibilidade das provas, que pode gerar situação de desequilíbrio substancial.⁵⁴ Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito.⁵⁵

Para evitar essa situação, várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador processual. Dentre elas, vislumbra-se o reforço do poder instrutório do juiz. Somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja atendido um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade *real* entre as partes. Trata-se de poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, possibilitando-lhe corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual.⁵⁶

e econômica. E completa: "Vãs as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reiniciadas em Juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas" (*As garantias constitucionais*, p. 14-15). Como bem apontou Calamandrei, "la affermazione ouramente giuridica della uguaglianza giuridica dele parti può rimanere lettera morta, se poi avviene che in concreto la disparità di cultura e di mezzi economici metta una delle parti in condizioni di non potersi servire di questa uguaglianza giuridica, perchè il costo e le difficoltà tecniche del processo, che la parte abbiente e colta può facilmente superare coi propri mezzi e col farsi assistere senza risparmio da competenti difensori, possono costituire inince per la parte provera un ostacolo spesso insormontabile sulla via della giustizia" (*Istituzioni*, p. 231).

⁽⁵⁴⁾ Cf. Cappelletti, *La oralidad*, p. 131.

⁽⁵⁵⁾ Cf. Afrânio Silva Jardim, *O princípio dispositivo*, p. 167; v. tb. Da publicização, p. 107-108.

⁽⁵⁶⁾ Mais uma vez, o problema não passou despercebido à sensibilidade de Barbosa Moreira: "... o mais valioso instrumento 'corretivo', para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se 'substitui' às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de

O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes.⁵⁷

Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo.

Essa interferência não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o direito debatido incluir-se no rol dos chamados “direitos disponíveis”, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir. Todavia, enquanto a solução permanecer nas mãos do Estado, não pode o juiz se contentar apenas com a atividade dos sujeitos parciais. A visão do “Estado-social” não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas.⁵⁸

Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe ao individual, o interesse público do correto exercício da jurisdição. Trata-se de visão essencialmente instrumentalista do fenômeno processual.⁵⁹ A *real igualdade* das partes no processo é valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual.⁶⁰

recursos e de informações, ou a dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto” (A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo, in *RePro* 37/146).

⁽⁵⁷⁾ Cf. Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 36.

⁽⁵⁸⁾ A “ativização” da função jurisdicional atende a uma advertência de Dinamarco: “Com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, por isso disvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição” (*A instrumentalidade*, p. 70).

⁽⁵⁹⁾ Dinamarco afirma que a participação do juiz na atividade instrutória é consequência de uma postura instrumentalista que todo julgador deve ter (*A instrumentalidade*, p. 43). Não se pode aceitar, porém, a limitação dessa postura ao âmbito dos direitos indisponíveis, visto que o interesse do Estado na correta atuação da lei deve ser idêntico, qualquer que seja a natureza dos interesses em conflito. A indisponibilidade do direito deve manifestar-se nos atos relativos a essa relação jurídica; quanto à relação processual, o interesse é sempre indisponível, pois não pertence às partes e ao juiz. Nela incorpora-se o objetivo do estado, de alcançar a paz social, mediante a correta atuação da lei.

⁽⁶⁰⁾ Para Cappelletti, muito embora a participação do juiz na instrução possa representar um perigo para a imparcialidade, é um risco que “vabliaciato con

Ao instituir os Juizados Especiais, procurou o legislador atender aos que, por razões várias, ficavam condenados à insatisfação de seus interesses, sem qualquer oportunidade de pleitear a tutela jurisdicional. Permaneciam à margem das atividades pacificadoras, a alimentar o germe de uma revolta.⁶¹

É exatamente essa a situação daqueles que, embora tenham acesso às atividades pacificadoras, não conseguem obter o reconhecimento de seus direitos subjetivos por se encontrarem em situação de inferioridade no processo. Para compensar a proibição da autodefesa, o Estado deve proporcionar às pessoas meios eficazes de satisfação dos interesses. Se tal não ocorrer, os particulares deixam de confiar em seu representante social e voltam à “justiça de mão própria”.⁶²

A real igualdade das partes no processo somente se verifica, quando a solução encontrada não for resultado do maior poderio econômico ou da astúcia de uma delas. O processo não é um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.

Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, seja proferida uma decisão injusta, que não corresponde à realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria um verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim se alcançará a verdadeira paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam este resultado. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o julgador desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos. Juiz ativo na formação do conjunto probatório confere efetividade às garantias constitucionais do processo.

A concepção de que o reforço da autoridade do juiz, que dá origem ao chamado processo inquisitivo, corresponde a regimes não democráticos de governo, é absolutamente equivocada.⁶³

um altro valore, quello di una reale e non meramente formale, uguaglianza delle parti” (*Giudice legislatori?*, p. 6).

⁽⁶¹⁾ A observação é de Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 391 e ss.

⁽⁶²⁾ Cf. Martin Ostos, *Las diligencias ...*, p. 22, nota 2.

⁽⁶³⁾ “A verdade é que juiz forte é juiz livre, o que se torna incompatível, em tese, com o sistema ditatorial. Por imposição, porém, do próprio sistema, enquanto,

Aquilo que se convencionou chamar de processo acusatório, em que os poderes de iniciativa das partes são levados a extremos, resulta de um individualismo político e filosófico já ultrapassado, pois não atende à realidade socioeconômica do Estado moderno, cuja atividade é toda voltada para o social.⁶⁴

Assim, a pacificação social almejada pela jurisdição corre sério risco se, em razão da disponibilidade do direito, permanecer o juiz absolutamente inerte, aguardando a iniciativa instrutória da parte interessada. Essa influência da natureza da relação jurídica controvertida sobre o modo de ser do processo não é aconselhável, pois pode impedir a correta atuação da norma e, em conseqüência, a verdadeira

de um lado, se amarra o juiz à orientação política dominante, de outro se lhe outorga grande poder inquisitorial nessa linha de conduta. Juiz escravo e forte, o ideal do regime” (Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 53). No equívoco incorre Humberto Teodoro Jr., para quem, nos regimes autoritários, atribuem-se maiores poderes ao órgão estatal encarregado da solução do processo; já nos regimes liberais prevalece o princípio dispositivo, “por ser o que assegura mais liberdade e autonomia aos cidadãos no manejo de seus direitos e interesses disponíveis”. Apesar disso, reconhece o professor primeiro que, após iniciado o processo, surge um interesse paralelo ao das partes, mas diverso, que consiste na resolução da lide em conformidade com o direito material: “Colocado o conflito em suas mãos, não pode o Estado concordar com solução que afronte o ordenamento jurídico” (*Princípios gerais*, p. 181). Ora, se assim é, não pode o juiz manter-se passivo frente à prova. Como bem lembram Cintra, Ada e Dinamarco, a tendência de ampliação dos poderes instrutórios do juiz é universal e não depende de regimes políticos, já que adotada em vários ordenamentos jurídicos liberais (Áustria, Suíça, França, Inglaterra): “É conseqüência da colocação publicista correspondente àquilo que se convencionou denominar *socialização do direito*” (*Teoria geral*, p. 35).

⁶⁴ Como bem conclui Echandia, seria o mesmo que sustentar que a democracia consiste na absoluta autonomia das vontades individuais, “para que el débil y menesteroso goce de su ficticia libertad al convenir las condiciones de su contrato de trabajo o en abandonar al pueblo antes los monopolios y explotaciones organizadas de los artículos de primera necesidad para que se produzca el libre juego de la oferta y la demanda. Hace poe lo menos medio siglo que los Estados abandonaram, en buena hora, esa concepción romántica pero engañosa de las libertades y la democracia. No comprendemos por qué no deba suceder lo mismo en el campo del proceso” (*Teoria general de la prueba*, p. 83).

pacificação social.⁶⁵ Eventuais transigências com a fidelidade ao direito objetivo podem produzir falsa pacificação.

Não se nega, evidentemente, a necessária coordenação entre direito e processo e a influência das especificidades da relação material na construção do modelo processual. Mas os escopos do processo e da atividade jurisdicional não podem variar em função da natureza do direito substancial em litígio.

A pacificação que se visa a alcançar com o processo, que corresponde ao seu escopo social mais relevante, depende da correspondência entre o resultado do processo e a vontade do direito substancial.

Considerando que a parte mais fraca não tem as mesmas possibilidades que a mais forte, de trazer para os autos as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a alguém assistir passivamente a um duelo entre o lobo e o cordeiro.

A igualdade substancial deve prevalecer sobre a formal. A passividade do julgador não contribui para tanto. Além disso, torna possível resultado diverso daquele desejado pelo direito material, impedindo seja alcançado o objetivo do processo.⁶⁶

Tal entendimento, não obstante posição em sentido contrário,⁶⁷ não viola o disposto no art. 125 do Código de Processo Civil.⁶⁸

⁶⁵ Em sentido contrário, Dinamarco, para quem o “grau de aplicação de cada um à defesa de suas pretensões dá a medida da profundidade do conflito e da importância que ele representa em sua vida, para o seu interesse e para a sua felicidade” (*A instrumentalidade*, p. 233). E se em virtude desse comportamento o resultado do processo se afastar dos desígnios do direito substancial, mal nenhum haverá se o escopo de pacificação for alcançado (p. 289). Essa conclusão pressupõe, todavia, uma situação de igualdade real entre as partes, que nem sempre ocorre.

⁶⁶ Por isso Barbosa Moreira, atento à finalidade social do processo, conclui pela necessidade de adoção de determinadas diretrizes que, a seu ver, se harmonizam com a preocupação de humanização da justiça e atendem a um dos princípios fundamentais do processo, que é o da igualdade substancial e não apenas formal: acentuação do caráter publicístico do processo, maior adequação de suas regras e institutos aos fins visados, ampliação do papel do juiz e reforço de seus poderes (*A base do direito processual civil*, in *Temas*, Saraiva, 1977, p. 11 e ss).

⁶⁷ Cf. Arruda Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, p. 215-216. Em obra mais recente, o renomado jurista e professor sustenta posição um pouco

A igualdade de tratamento exigida pelo legislador não pode se limitar ao seu aspecto formal. Conforme já disse, a moderna ciência processual fala em igualdade real, efetiva, o que requer seja assegurado às partes um verdadeiro equilíbrio,⁶⁹ independentemente de fatores externos.⁷⁰ Aliás, para suprir essa freqüente desigualdade econômica entre aqueles que se digladiam no processo, alguns ordenamentos conferem ao juiz atribuições assistenciais em favor da parte mais fraca.⁷¹ Apesar da iniciativa oficial no campo da prova não constituir manifestação direta dessa função assistencial, não se pode negar que, ao se comportar ativamente, o magistrado contribuirá para atenuar o problema, ainda que indiretamente.⁷²

Equívocada, portanto, a conclusão de que a efetiva participação do juiz na instrução do feito constitui violação do contraditório.

diversa, com a qual concordo integralmente. Afirma ele que a postura mais ativa do juiz revela a necessidade de contornar possível menor habilidade do advogado, esta a meta final, que é afirmação do verdadeiro direito. Essa tendência, relacionada com a consideração do processo como instrumento ético, pode ser verificada na maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Conclui que: “Esta pode ser indicada como uma mudança do papel das partes, e principalmente do maior papel do juiz, com vistas a uma mais efetiva e penetrante identificação dos fatos, com a iniciativa larga na busca da verdade, de tal forma que a atividade das partes, por seus advogados, se falha, nem por isto haverá de necessariamente prejudicar a existência do Direito, emergente dos fatos existentes no processo” (*Tratado*, p. 116).

⁽⁶⁸⁾ Já decidiu o Eg. STJ que: “Contraria o art. 130 do CPC o acórdão que desconsidera, protelatório ao princípio da igualdade das partes, depoimento de testemunho determinado pelo juiz da causa” (REsp. 25617-7-SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Dias Trindade, in *DJU* 09.11.1992, p. 20.372).

⁽⁶⁹⁾ Contraditório efetivo e equilibrado, no dizer de Dinamarco, reportando-se ao Des. Antonio Celso de Camargo Ferraz (cf. *Fundamentos*, p. 95).

⁽⁷⁰⁾ Cf. Cappelletti, *La oralidad*, p. 125, e *La testimonianza*, p. 358 e ss; Barbosa Moreira, Tendências contemporâneas do direito processual civil, in *RePro* 31/203-205; v. tb. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo, in *RePro* 37/146.

⁽⁷¹⁾ Barbosa Moreira, La igualdad de las partes ..., in *RePro* 44/176.

⁽⁷²⁾ Embora se reconheça que a realização completa do ideal de igualdade seja uma utopia (Cf. Barbosa Moreira, La igualdad..., p. 183).

Ao contrário, assegura a um dos princípios fundamentais do processo “uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair ele do imobilismo do juiz espectador”.⁷³

O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas.⁷⁴ Mas a eventual omissão da parte pode decorrer exatamente da inexistência de uma paridade real. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo o problema, irrelevante a natureza da relação jurídica. Indisponível ou não o direito, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado.

Não se pode esquecer que a ciência processual evoluiu. Modificou-se a visão dos problemas processuais, cujas soluções devem atender, preferencialmente, as necessidades do direito material. Hoje pensa-se mais em justiça e menos em técnica, muito embora esta não possa ser ignorada.⁷⁵

Não conflita com essa postura a necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, a quem compete conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes. A imparcialidade também encontra amparo no texto constitucional, que adota o princípio do juiz natural, além de preservar garantias do Juiz e do Poder Judiciário (CF, arts. 5.º, LIII, e 92 a 99).

⁽⁷³⁾ Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 181.

⁽⁷⁴⁾ Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 191.

⁽⁷⁵⁾ Cf. a apresentação de Sentis Melendo à tradução argentina do trabalho de Vittorio Denti, *Estudios de derecho probatorio*, Ejea, 1874, p. 9. Reporta-se ele à clássica indagação de Calamandrei: “Concordariam os ingleses em trocar sua boa justiça pelo alto desenvolvimento científico dos italianos?” A observação de Dinamarco reflete com extrema precisão aquilo que aqui se tentou dizer: “É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas ‘à ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica” (*A instrumentalidade*, p. 426, nota 1).

Há quem pense o contrário.⁷⁶ A resistência à postura mais ativa do juiz, todavia, vem diminuindo. Hoje, poucos discordam da necessidade de o julgador participar da formação do conjunto probatório, postura que não compromete a imparcialidade.

Aliás, no âmbito do processo penal sempre se admitiu a iniciativa oficial, o mesmo ocorrendo nas hipóteses de interesses civis indisponíveis. Como se nessa sede fosse admissível a parcialidade.⁷⁷

Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes.⁷⁸ Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.

E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?

Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.⁷⁹

⁽⁷⁶⁾ Sobre as várias objeções apresentadas pela doutrina tradicional, v. Bedaque, *Poderes instrutórios*, p. 78-79. Liebman manifestou-se radicalmente contra a participação do juiz na instrução, por temor à quebra da imparcialidade (*Fundamento del principio dispositivo, Problemi del processo civile*, Milano, Morano ed., p. 17).

⁽⁷⁷⁾ Liebman, coerentemente, rejeita a distinção entre disponibilidade e indisponibilidade da relação jurídica de direito material, para fins de atribuição de poderes instrutórios ao juiz. Sustenta que, em qualquer caso, tais poderes devem ser exercidos por outro órgão público. Se assim não for, haverá uma aproximação entre a função jurisdicional e a administrativa, assumindo o processo "una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento" (*Fundamento*, p. 16). Substancialmente esta é também a conclusão de Afrânio Silva Jardim (cf. tb. O princípio dispositivo, in *RePro*, 44/166 e ss).

⁽⁷⁸⁾ Contra, Vicente Greco, *A culpa e sua prova*, p. 32, nota 17.

⁽⁷⁹⁾ E como bem observa Barbosa Moreira: "A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do estado, interessa, e diria que a ninguém

Embora se reconheça que tal atitude do juiz não lhe permitirá alcançar a verdade completa, inegavelmente facilitará o encontro de uma parcela desta, reduzida que seja: "Antes buscar essa, do que não buscar nenhuma".⁸⁰

A melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar as decisões.⁸¹ A atividade probatória oficial não é incompatível com a imparcialidade. Basta sejam fundamentadas as decisões e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes.⁸²

interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada ao juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra ou dever de imparcialidade" (O juiz e a prova, in *RePro* 35/180). No mesmo sentido, Hernando Morales Molina, *La prueba*, p. 19.

⁽⁸⁰⁾ Barbosa Moreira, O juiz e a prova, p. 181.

⁽⁸¹⁾ Barbosa Moreira, O juiz e a prova, p. 181. Cf. tb. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba, in *Temas*, 3.^a série, p. 80; Os poderes do juiz na direção e instrução no processo, in *RBDP* 48/114.

Defensor que é da concessão de amplos poderes instrutórios ao juiz, Cappelletti rejeita a alegação de que tal comprometa a imparcialidade, pois a realização de determinada prova, de ofício, não significa afirmar aprioristicamente a verdade do fato probando. Parcial seria o magistrado que tivesse poderes de fixar os limites da demanda: "In questo caso il giudice unisce, in dè stesso, la funzione dell'agire e quella del giudicare, decide cioè sull'esistenza di rapporti e stati giuridici da lui stesso postulati: onde la sua attività finirà por essere piuttosto amministrativa che propriamente giurisdizionale" (*La testimonianza della parte amministrativa nel sistema dell'oralità*, vol. I, p. 375; v. tb., p. 359). Arruda Alvim repele a conclusão de Cappelletti, por entendê-la inaceitável. Para ele, não se justifica a distinção entre imparcialidade no ato da demanda e na instrução da causa. Embora ação e processo sejam perfeitamente distintos, seu fundamento é indissolúvel, não se podendo afirmar que, em relação a um dos institutos, o juiz tenha poderes *ex officio* (processo) e no outro não (ação). Além disso, se é "essencial à justa atividade judicante a imparcialidade do juiz, a lei deverá procurar, ao máximo, impedir que tal imparcialidade, seja por que ângulo for, possa ser direta ou indiretamente vulnerada" (*Curso de direito processual civil*, vol. II, p. 231). Sugere que, quando se tratar de direitos indisponíveis, tal tarefa seja conferida ao Ministério Público.

⁽⁸²⁾ Cf. Cappelletti, *Giudice legislatori?*, p. 6.

Aliás, o respeito ao princípio do contraditório é condição de validade de qualquer meio de prova.⁸³

Agindo assim, demonstra o juiz estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista do fenômeno processual exige julgador comprometido com a efetivação do direito material.⁸⁴ Para tanto, pode determinar, a qualquer momento e de ofício, sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.⁸⁵

Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo, especialmente em relação ao exercício de poderes inequivocamente previstos em lei.⁸⁶

Decidiria contra a sua consciência o juiz que, embora ciente da possibilidade de ampliar o conjunto probatório para formar seu convencimento, se mantivesse inerte, em homenagem a dogmas já superados.⁸⁷

Esse temor de perder a imparcialidade tem contribuído de maneira decisiva para que nossos magistrados, infelizmente, deixem de utilizar dos poderes instrutórios que lhes são conferidos pelo legislador

⁽⁸³⁾ Segundo Ada Pellegrini Grinover, a concomitante presença do juiz e das partes na produção da prova é essencial à sua validade (cf. *O conteúdo*, p. 21-25).

⁽⁸⁴⁾ Cf. Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 228. A jurisprudência, aliás, já vem reconhecendo que não se torna parcial o juiz que determina prova de ofício: "Quanto às provas que de ofício o Dr. Juiz determinou, não há razão para a suspeita de parcialidade. A lei dá essa faculdade ao julgador (art. 130 do CPC) no interesse da apuração da verdade real, objetivo do processo (grifei), e o empenho da procura dessa verdade não caracteriza desigualdade de tratamento entre as partes" (ES 5.580-0, TJSP, Câ. Esp., rel. Des. Nogueira Garcez, in *RT* 617/45, j. 12.02.1987).

⁽⁸⁵⁾ A Eg. Câmara Especial do TJSP repeliu arguição de suspeição do magistrado que determinara prova de ofício, afirmando que tal poder insere-se no âmbito das atribuições do juiz (cf. ES 14.778-0, Mogi das Cruzes, Rel. Des. Yussef Cahali, j. 04.06.1992).

⁽⁸⁶⁾ Niceto Alcalá-Zamora Y Castilho, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, tomo II, p. 240.

⁽⁸⁷⁾ A conclusão é de Pescatore, *apud* Carlos Lessona, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, trad. espanhola, Instituto Editorial Reus, Madrid, vol. I, 1957, p. 58.

processual. Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso que qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial. A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário.⁸⁸ Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o julgador assuma seu papel na relação processual.⁸⁹

Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para manter sua imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos.⁹⁰

⁽⁸⁸⁾ Barbosa Moreira, *Sobre a "participação" do juiz*, p. 407.

⁽⁸⁹⁾ Essa observação também foi feita por Montero Aroca. Citando Beceña, conclui ele: ¿ "Cómo explicar este hecho de que una magistratura abandone su intervención en la parte más vital del juicio (la prueba), dejando de ejercitar los poquísimos derechos que le concede un sistema procesal basado precisamente en el criterio contrario de negar al juez y conceder a las partes la inmensa mayoría de los poderes necesarios para el desenvolvimiento del proceso?" (*Introducción al derecho procesal*, p. 233). Tb. Alcalá-Zamora critica severamente o juiz que, por comodidade, deixa de exercer os poderes que a lei lhe confere (cf. *Autoridad y libertad*, p. 24 e ss).

⁽⁹⁰⁾ Cf. Echandiá, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 81-82. Criticando esse "distanciamento" do juiz, que se aproxima da indiferença pelo resultado do processo, Barbosa Moreira afasta a tese de que tal atitude é necessária à preservação da imparcialidade: "Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesse ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser 'neutro', porque não é próprio identificar-lhe a imagem na de um espectador frio, para quem 'tanto faz' que se realize ou não se realize justiça, quando, bem ao contrário, esse é um cuidado que há de estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito" (*Sobre a "participação"*, p. 412-3).

Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador.⁹¹ Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade.⁹²

De resto, o compromisso do juiz é com a lei e com a justiça. Deve ele ser independente e neutro com relação a interesses outros, pois, no que se refere àqueles amparados pela lei, não há independência ou neutralidade possível.⁹³

5. O direito à prova e as provas ilícitas

Essa visão constitucional do direito à prova nos leva a refletir sobre determinadas restrições existentes na legislação ordinária, especialmente no que se refere ao valor atribuído à fonte da prova (cf. CPC, art. 401). Essas limitações não ofendem a garantia em exame, pois não representam impedimento à produção da prova. Apenas impõem formas especiais para a demonstração de alguns fatos jurídicos.

O mesmo não se dá quanto à vedação ao aproveitamento das chamadas provas ilícitas, ou seja, daquelas obtidas com infringência a normas de direito material.⁹⁴

Predomina o entendimento de que o juiz não pode levar em consideração tais provas, tendo em vista o meio pelo qual se deu sua obtenção. A se admitir sua influência no resultado do processo, estar-

⁽⁹¹⁾ Oportuna a observação de Cândido Dinamarco: "O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença." (*A instrumentalidade*, p. 275).

⁽⁹²⁾ Dispõe o art. 184, § 3.º, do Código italiano que, nos casos em que "vengano disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato del giudice i mezzi di prova che si redono necessari in primi".

⁽⁹³⁾ Botelho de Mesquita, *Da ação*, p. 64.

⁽⁹⁴⁾ Cf. Súmula 46 das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Ada Pellegrini Grinover, *Interceptações telefônicas*.

se-ia aceitando a violação de princípios constitucionais.⁹⁵ Essa é a posição do legislador constitucional brasileiro, que veda, de forma genérica e incondicional, o aproveitamento de prova obtida de forma ilícita (art. 5.º, LVI).

Parte da doutrina, porém, entende que o objetivo visado pelo Estado, com o exercício da atividade jurisdicional, não deve sofrer restrições impostas pela inadmissibilidade das provas obtidas de maneira ilícita.⁹⁶

Estamos diante de dois valores diametralmente opostos, ambos amparados em sede constitucional: o direito à prova, como integrante da garantia da ação, e o direito à intimidade, que levou à proteção ao sigilo de correspondência e, em última análise, inspirou a proibição da prova obtida ilicitamente.⁹⁷

O cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional.⁹⁸ Daí existir outra tendência que, entre a

⁽⁹⁵⁾ Cf. Súmula 49 das Mesas de Processo Penal; Ada P. Grinover, *O processo em sua unidade*, II, p. 177-181 e, com ampla discussão das diversas correntes. *Liberdades públicas*, p. 121-127; v. tb. *Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal*, Relatório apresentado nas jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro, entre 22 e 27 de maio de 1988. A ilustre professora não propõe, todavia, o completo afastamento das provas obtidas ilicitamente, em especial quando trata-se de mero ilícito civil ou administrativo. A inadmissibilidade seria absoluta apenas quando a ilicitude decorrer da violação de norma constitucional (cf. *Liberdades públicas*, p. 187-188).

⁽⁹⁶⁾ Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza das normas sobre a prova*, p. 115. Segundo Cuellar, a solução de afastar a prova obtida clandestinamente implicaria em reconhecer o predomínio de direitos individuais sobre o interesse público consistente na efetividade do processo (cf. *Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal*, relatório apresentado nas Jornadas, p. 39).

⁽⁹⁷⁾ Cf. Barbosa Moreira, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, p. 108-109.

⁽⁹⁸⁾ Para Ada P. Grinover, "a questão das interceptações telefônicas, no processo penal, faz parte de problema mais amplo, atinente ao equilíbrio entre duas opostas exigências: a de tutelar o direito à intimidade e a de colocar à disposição do juiz meios de prova capazes de oferecer resultados particular-

absoluta rejeição das provas ilícitas e a sua total admissibilidade, procura o equilíbrio entre os valores contrastantes.⁹⁹

Não parece que a completa desconsideração das provas ilícitas seja a melhor solução. Imagine-se a situação do juiz que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. E se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma diametralmente oposta àquela decorrente de sua convicção?¹⁰⁰

Aquele que violou o ordenamento jurídico para conseguir a prova deve responder pelo ato praticado. Além disso, a eventual aceitação da prova dependerá, evidentemente, da sua confiabilidade. Assim, provas obtidas mediante tortura ou a utilização de drogas devem ser rejeitadas, visto que inidôneas quanto ao resultado.

De qualquer modo, afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita significa aceitar um provimento jurisdicional que pode não corresponder à realidade substancial.¹⁰¹

A repulsa genérica de tal prova não contribui para o restabelecimento do ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve. E, se a solução encontrada pelo juiz, em virtude dessa desconsideração, não corresponder àquilo que realmente ocorreu no mundo dos fatos,

mente úteis, no momento em que também a delinquência se organiza sob formas cada vez mais hábeis e complexas. Trata-se de um aspecto setorial do vasto problema que põe em confronto a defesa social e os direitos da personalidade do indiciado ou acusado" (Cf. Interceptações telefônicas, p. 2).

⁽⁹⁹⁾ Cf. Ada P. Grinover, *As interceptações*, p. 3. A Súmula 50 das Mesas de Processo Penal estabelece a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, quando beneficiar a defesa.

⁽¹⁰⁰⁾ O argumento é de Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza*, p. 115.

⁽¹⁰¹⁾ Ou seja, "poderia determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio de prova obtido 'imoralmente' e dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral ... É a negação do ideal de justiça!" (Alcides Mendonça Lima, *A eficácia do meio de prova ilícito*, p. 139-140). Como bem pondera Cuellar, sustenta-se que a verdade material deve sofrer limitações quando confrontada com o direito à privacidade: "Pero se olvida que exigir una recta justicia o el reconocimiento de una pretensión, es otro derecho individual que tiene toda persona para que a través de decisiones justas se le respete la vida, honra y bienes que están garantizados en las normas rectoras de los Estados" (*Interceptación telefónica*, p. 39).

teremos duas violações da ordem legal: aquela praticada pela parte, que se utilizou de um meio ilegal para conseguir demonstrar esse fato; e a outra, cometida pela parte contrária, cujo comportamento, também ilegal, restará aprovado pelo próprio órgão jurisdicional.¹⁰²

Embora a vedação constitucional encontra apoio em leis ordinárias,¹⁰³ na doutrina e na jurisprudência,¹⁰⁴ parece possível a conciliação dos dois valores opostos. Da mesma forma que a orientação predominante visa à defesa de princípios constitucionais e de direitos fundamentais da pessoa, a efetividade do processo atende a um interesse público relevantíssimo. E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir decisão compatível a realidade substancial. Tal decisão injusta, além de negar o fim da atividade jurisdicional, certamente produzirá seus efeitos sobre a esfera jurídica de pessoas que nada tiveram com a ilicitude cometida.

Essa conclusão não implica desconhecer o caráter ilícito da conduta daquele que obteve a prova. Apenas leva em consideração o fato de que cabe ao julgador utilizar-se de todos os meios necessários à descoberta da verdade. Inadmissível que irregularidades cometidas na colheita da prova impeçam sua apresentação e acabem por comprometer a efetividade da tutela jurisdicional. Deveria o juiz criminal absolver

⁽¹⁰²⁾ Como adverte Mendonça Lima, não pode o juiz se submeter à atividade parcial das partes e, em razão disso, proferir uma decisão em desconformidade com a realidade dos fatos: "Fazer justiça é o ideal do magistrado, desde que possa conhecer lisamente; em seu conteúdo, todos os fatos debatidos, para aplicar a lei a favor de quem a mereça. Se o fato existe, mas deixa de ser conhecido, por aspectos meramente formais, e isso influir no julgamento, não haverá justiça, no sentido alcandorado do termo, mas embuste dos mais graves, porque se revela sob o pálio, embora conspurcado, do Poder Judiciário" (*A eficácia*, p. 141).

⁽¹⁰³⁾ Cf. Código de Processo Penal, art. 233; Código de Processo Penal Militar, art. 375. A autorização para interceptação telefônica, exclusivamente para fins penais, vem regulada pela Lei 9.296, de 24.07.1996.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. Ada P. Grinover, *Liberdades públicas* e também *Interceptações telefônicas*, com extensa indicação bibliográfica e jurisprudencial. Em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal entendeu legítima a utilização de gravação telefônica feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, por não considerar esse procedimento como interceptação telefônica. Votaram vencidos os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que aplicaram as regras do art. 5.º, incs. X e LXI, da Constituição Federal (cf. HC 75338).

um criminoso, ou condenar um inocente, apenas porque não pôde tomar conhecimento de um meio de prova obtido ilicitamente?¹⁰⁵

Por outro lado, a admissibilidade da prova ilícita, sem qualquer restrição, além dos graves inconvenientes apontados pela corrente predominante, poderia acabar beneficiando aquele que agiu ilicitamente. E ninguém deve ver acolhida sua pretensão alegando a própria torpeza (*nemo creditur turpitudinem suam alegans. Nemo de improbitate sua consequitur actionem*).

Sabe-se que o brocardo não prevalece de forma absoluta. Deve ser aplicado com prudência e inteligência.¹⁰⁶

De um lado, lícito afirmar que a garantia constitucional à produção da prova não pode significar autorização para a prática de ilícitos.

Mas o juiz, ponderando a respeito dos valores envolvidos no processo e verificando ser a aceitação da prova ilícita o único meio para

⁽¹⁰⁵⁾ Tratando das chamadas provas clandestinas no processo penal, Jaime Bernal Cuellar pondera que o afastamento absoluto de tais provas, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais do acusado, pode levar a uma lesão aos direitos da vítima, que também tem pretensões dentro e fora do processo penal. E conclui: "Nuestra opinión es que la prueba obtenida clandestinamente puede incorporarse al proceso penal, controvertirse y someterse a la valoración respectiva para determinar su autenticidad y el alcance demostrativo de uno cualquiera de los elementos que permiten fundamentar decisión definitiva. Somos enfáticos al reiterar que la prueba obtenida clandestinamente no se puede marginar del proceso penal, ni utilizar los mecanismos de la existencia o nulidad para restarle importancia o desconocerla; pero, a lo que nos oponemos radicalmente es a que esa clandestinidad en cuanto a la obtención del medio probatorio, proyecte a lo largo del proceso, se oculte dicha prueba a las partes, se evite el contradictorio y se sorprenda al procesado con un elemento de juicio sobre el cual no hubro oportunidad de discusión, ni de oponer otros medios probatorios. La clandestinidad entendida en la forma últimamente propuesta repugna con principios básicos del derecho, contra la garantía constitucional del debido proceso y en especial menoscaba el derecho de defensa técnica o material" (Interceptación telefónica, p. 3-5). Como se pode verificar, o problema da prova clandestina se resolve, para o autor, com sua submissão ao contraditório.

⁽¹⁰⁶⁾ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica*, p. 260. Não obstante a redação constitucional, propõe-se solução menos radical, no sentido de se admitir a prova ilícita em função da importância do bem jurídico envolvido no processo. Cf. tb. Grinover, *As provas*, p. 30, e *O sistema das nulidades*, p. 167-168, defendendo a aplicação do princípio da "proporcionalidade" para demonstração da inocência do acusado. V. tb. Vicente Greco, *A culpa e sua prova*, p. 51.

formação de seu convencimento, poderá mantê-la nos autos ou determinar sua produção.

Nenhuma das partes pode invocar o direito constitucional à prova para justificar a utilização de meios ilícitos, pois a vedação também está prevista na Constituição, cabe ao juiz, exclusivamente, decidir sobre a necessidade e a convivência de sua produção, sempre à luz dos valores em conflito. Se a conclusão for afirmativa, determinará ele, *ex officio*, a vinda aos autos da prova obtida ilicitamente ou manterá aquela já apresentada. Evidentemente, o julgador só poderá utilizar-se desse poder em caráter excepcional, isto é, apenas quando a produção da prova lhe pareça absolutamente imprescindível para que o escopo do processo seja alcançado. E após rigorosa ponderação dos valores que se contrapõem.¹⁰⁷

Assim, apresentando-se essa situação excepcional, o julgador, ao tomar conhecimento da existência de uma prova, determinaria sua produção, ainda que obtida por meio ilegal.

Essa possibilidade não se limita, todavia, ao âmbito penal e muito menos para favorecer apenas o réu de processo-crime. Em sede civil encontram-se interesses tão ou mais relevantes quanto aqueles protegidos pelo Código Penal. Basta comparar as regras civis concernentes ao direito de família com aquelas tipificadoras de condutas ofensivas ao patrimônio.¹⁰⁸

⁽¹⁰⁷⁾ Em defesa da aplicação do princípio da proporcionalidade, v. José Carlos Barbosa Moreira, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, Temas de direito processual*, sexta série, Saraiva, 1997, p. 107 e ss. Sobre as restrições à incidência do princípio em sede probatória, cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, RT, 1997, p. 104-107.

⁽¹⁰⁸⁾ Daí a crítica formulada por Barbosa Moreira ao art. 5.º, XII, que limita a possibilidade de autorização judicial para interceptação telefônica ao âmbito criminal. Trata o autor, também, dos problemas que essa distinção pode gerar, como a validade, para o processo civil, de prova emprestada consistente em gravação telefônica autorizada para fins penais; ou da eficácia civil da sentença penal condenatória, prevista nos arts. 63 do Código de Processo Penal e 584, II, do Código de Processo Civil (cf. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, p. 117-121). Com relação a esta última questão, a solução encontrada pelo ilustre processualista é taxativa: a coisa julgada impede qualquer discussão a respeito dos motivos que ensejaram a decisão. Quanto à prova emprestada, todavia, ele mesmo apresenta possível objeção aos que a admitem: fraude à Constituição. Talvez se possa afastar esse temor com a relativização do óbice. A prova emprestada do crime seria aceita no cível naquelas situações em que admissível sua produção no próprio processo civil. E isso ocorre, não obstante a aparente vedação genérica, toda vez em que a opção for pelo valor a ser protegido pela prova ilicitamente obtida.